DIE GEWÄHRLEISTUNGSPFLICHT
BEI DER VERTEILUNG EINES GEMEINSCHAFTLICHEN VERMÖGENS

Dissertation

zur
Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte,
vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

von
KARL BÜCHLI
lic. iur.

aus
Hitzkirch und Root (Luzern).

SCHWARZENBACH (ST. GALLEN) 1943 • DRUCK • FRANZ RENGGLI

DIE GEWÄHRLEISTUNGSPFLICHT
BEI DER VERTEILUNG EINES GEMEINSCHAFTLICHEN VERMÖGENS

Dissertation

zur
Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte,
vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

von
KARL BÜCHLI
lic. iur.

aus
Hitzkirch und Root (Luzern).

Genehmigt von der juristischen Fakultät am 15. März 1943,
auf Antrag von Herrn Prof. Dr. A. Siegwart (erster Referent)
und Herrn Prof. Dr. P. Aeby (zweiter Referent).

SCHWARZENBACH (ST. GALLEN) 1943 + DRUCK + FRANZ RENGGLI

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen Stellung zu nehmen (Fakultätsbeschluss vom 1. Juli 1916).

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in tiefer Dankbarkeit gewidmet.

INHALTSVERZEICHNIS

Literatur- und Quellenangabe I
Abkürzungen VI
Vorwort 1

1. Teil: Einführung 3

1. Kapitel: Die Gewährleistungspflicht 5
2. Kapitel: Die Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens 8
3. Kapitel: Die Regelung der Gewährleistung in verschiedenen modernen Gesetzbüchern. Die Entgeltlichkeit als Rechtgrund der Gewährleistung 24

2. Teil: Die von der Kaufsgewährleistung beinahe unverändert anwendbaren Normen 33

4. Kapitel: Die Rechtsgewährleistung 35
5. Kapitel: Die Gewährleistung für Sachmängel 40
6. Kapitel: Die Forderungsgewährleistung 50
7. Kapitel: Die Grundstücks- und Viehmängelgewährleistung 62

3. Teil: Besonderheiten der Gewährleistung bei der Gemeinschaftsteilung 67

8. Kapitel: Die Gewährleistung in der Höhe des Anrechnungswertes 69
9. Kapitel: Die Anteilsmässigkeit der Gewährleistung 77
10. Kapitel: Die Beschränkung der Wandelungsmöglichkeit 85
11. Kapitel: Ausschluss der Minderung für Mängel zugeteilter Vermögensstücke und der Ersatzleistung für alle Mängel des verteilten und unverteilten Vermögens 98
12. Kapitel: Der Schadenersatzanspruch 103

Anhang:

13. Kapitel: Prozessrechtliches 106
Nachwort 109

Literatur- und Quellenangabe.

Altherr, A. Das Gemeinderschaftsrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Diss. Bern 1916.

Annen, O. Die objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbengemeinschaft. Diss. Freiburg (Schweiz) 1941.

Baller, K. Die Gewährleistungspflicht des Schenkers. Nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Diss. Greifswald 19o5.

Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil. Tome troisième. Paris 1922.

Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit civil. Des successions. Tome troisième. Paris 19o5.

Baumgartner, A. La communauté héréditaire dans le procès civil. Diss. Lausanne 1933.

Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht. Bern 1934.

Binder, J. Die Rechtsstellung des Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Teil. Leipzig 19o5.

Birkmeyer, K. Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Buch, Obligationenrecht. Berlin 19o4.

Blätter für Zürcherische Rechtsprechung. Neue Folge der Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen. (BlZüR.).

Bosshard, A. Die Abtretung zahlungshalber und an Zahlungsstatt. Diss. Zürich 1926.

Bülletin, Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung. (Sten. Bull.).

Courvoisier, R. La propriété en main commune. Diss. Lausanne 19o4.

Curti-Forrer, E. Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen. Zürich 1911.

Demolombe, C. Cours de Code Napoléon. XVII. Traité des successions. Tome cinquième. Paris 1880.

Denzler, O. Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten. Diss. Zürich 1937.

Dübi, O. Die Gemeinschaften zur gesamten Hand im schweizerischen und deutschen Recht. Ihre Forderungs- und Haftungsverhältnisse. Diss. Bern 1910.

Eck, E. Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Ausgabe. Berlin 1898 - 1904.

Egger, Kommentar. Familienrecht. Erste Abteilung, Eherecht. Zürich 1936.

Erläuterungen zum Vorentwurf eines Schweizerischen Zivilgesetzbuchs des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes. II. Ausgabe. I. Band. Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht. 1914.

Escher, Kommentar. Erbrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Zürich 1912.

Felber, R. Aufgeschobene und partielle Erbteilung nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1939. In Abhandlungen zum schweizerischen Recht. Neue Folge, 158. Heft.

Fick, Kommentar. Das Schweizerische Obligationenrecht. 1915.

Gmür, M. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band IV. Sachenrecht. Bern 1920.

Gsell, W. Die Mängelrüge beim Kauf nach dem Schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Zürich 1926.

Guhl, Th. Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-, Wechsel-, und Versicherungsvertragsrechts. Zürich 1936.

Guhl, Th. Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung. In ZBJV. 53 S. 1 ff.

Haab, R. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band IV. Sachenrecht. Zürich 1930.

Haymann, F. Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. Vortrag, gehalten am 24. Februar 1913 vor der Juristischen Gesellschaft in Frankfurt a. M.

Haymann, F. Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft. In Jherings Jahrbücher. Band 56.

Hellmann, über Strohal: Das Deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896. In Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 39.

Heusler, A. Institutionen des Deutschen Privatrechts. Band 1 und 2. Leipzig 1885/86.

Jæger, C. Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. 3. Auflage. 1911.

Jäger, Th. Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Fahrniskaufsache nach dem Schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Zürich 1911.

Jenny, F. Die Abtretung von Erbanteilen nach Art. 635 ZGB. In ZBJV. 64. S. 145 ff.

Imfeld, E. W. Die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft. Diss. Freiburg 1932.

Kress, H. Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. In Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des Deutschen Reiches. Jena. Bd. 10, Heft 1.

Kretzschmar, F. Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1913.

Lautner, J. G. Grundsätze des Gewährleistungsrechtes. Zürich 1937.

Leemann, H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Sachenrecht. Bern 1920.

Lobe-Oegg-Schliewen-Seyffarth, Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 8. Auflage. II. Band. Berlin-Leipzig 1934.

Michaelis-Seyffarth, Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. V. Bd. Erbrecht. Berlin-Leipzig 1935.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1888.

Oertmann, P. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse. 5. Auflage 1929.

Oser, H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Band. Das Obligationenrecht. Erster Teil: Art. 1-183. II. Auflage. Zürich 1929.

Oser-Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Obligationenrecht. 2. Teil.

Pisko, O. Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware. Wien 1921.

Pisko, O. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Zweiter Band / Zweiter Halbband. Wien 1934.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin und Leipzig 1928.

Planiol, M. Traité élémentaire de droit civil. Tome IV. Successions. Paris 1928.

Protokoll der Expertenkommission für die Vorberatungen eines Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Band I / II. Oktober 1901 / März 1902.

Rabel, E. Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. Erster Teil: Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg. Leipzig 1902.

Rossel, V. Manuel du droit fédéral des obligations. Tome premier. IV. édition. 1920.

Rossel et Mentha, Manuel du droit civil Suisse. Tome deuxième. Deuxième édition.

Schollmeyer, F. Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Jherings Jahrbücher. Band 49. S. 93 ff. 1905.

Schweizerische Juristenzeitung. (SJZ.).

Siegwart, A. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht. 4. Teil: Die Personengesellschaften. 1938.

Staudinger, Kommentar zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 1929.

Strohal, E. Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Auflage. Berlin 1904.

Süss, Th. Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Leipzig 1931.

Tuhr von - Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Zweite ergänzte Auflage. I. Halbband. Zürich 1942.

Tuhr von, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. II. Halbband. Tübingen 1925.

Tuhr von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Allgemeine Lehren und Personenrecht. Leipzig 1910.

Tuhr von, Streifzüge im revidierten Obligationenrecht. (Schluss). In SJZ. 18. S. 383 ff.

Tuor, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band III. Erbrecht.

Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen, vom 17. Januar 1923.

Verordnung des Bundesrates betreffend das Verfahren bei der Gewährleistung im Viehhandel, vom 14. November 1911.

Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs. Dritter Teil: Das Erbrecht. Vorlage für die kleinere Departementalkommission. April 1900.

Warneyer, O. Kommentar für das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1923-1927.

Widmer, H. Die Erbengemeinschaft. Diss. Zürich 1926.

Wieland, C. Das Sachenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Kommentar. Zürich 1909.

Windscheid - Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1900/06.

Würzburger, J. Über die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung. In Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. 51. Jahrgang. S. 721 ff.

Abkürzungen.

ABGB.	=	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.
BGB.	=	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.
BGE.	=	Bundesgerichtsentscheid (Amtliche Sammlung).
BlZüR.	=	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.
Ccfr.	=	Code civil français.
Erl.	=	Erläuterungen zum Vorentwurf eines Schweizerischen Zivilgesetzbuches des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes. II. Ausgabe. I. Band. Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht. 1914.
OR.	=	Schweizerisches Obligationenrecht.
Prot.	=	Protokoll der Expertenkommission für die Vorberatungen eines Schweizerischen ZGB. 1901/02.
SchKG.	=	Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs.
SJZ.	=	Schweizerische Juristenzeitung.
Sten. Bull.	=	Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung.
ZBJV.	=	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZGB.	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit soll untersuchen, inwiefern die Gewährleistungsnormen, die beim Kauf gelten, auf die Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens anwendbar sind. Der erste Teil als Einführung legt deshalb dar, warum bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens, oder bei der Aufgabe der Gesamtberechtigung daran durch Abfindung, unter den Parteien für die Anteile eine Gewährleistungspflicht besteht, und will zeigen, wie hier nach verschiedenen Gesetzen, auch nach dem schweizerischen, die Gewährleistung des Verkäufers analog für die Teilhaber und für die Gesamthandsgemeinschaften Geltung beansprucht. Von da an stellt sich die Aufgabe zu untersuchen, wie weit der besondere Charakter der Gemeinschaftsteilung auf die Gewährleistungspflicht resp. auf den Gewährleistungsanspruch eines Teilhabers oder der Gemeinschaft die Normen der Kaufsgewährleistung zu ändern oder aufzuheben vermag. Daraus ergibt sich eine Zweiteilung der weiteren Ausführungen. So behandelt der

zweite Teil die Voraussetzungen der Entstehung einer Gewährleistungspflicht, den Mangel und dessen Geltendmachung durch Streitverkündigung, Mängelrüge etc., d. h. die von der Kaufsgewährleistung ohne grosse Veränderung auf die Gemeinschaftsteilung anwendbaren Normen. Dagegen enthält der dritte Teil die einzig aus der Eigenart der Gemeinschaftsteilung sich ergebenden Besonderheiten, Abweichungen von der Kaufsgewährleistung. Verweisungen vom einen auf den andern Teil können allerdings nicht vermieden werden, da beide in einem engen innern Zusammenhang zueinander stehen.

Karl Büchli.

DIE GEWÄHRLEISTUNGSPFLICHT
BEI DER VERTEILUNG EINES GEMEINSCHAFTLICHEN VERMÖGENS

ERSTER TEIL

EINFÜHRUNG

Begriff der Gewährleistung bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens und ihre Regelung in verschiedenen modernen Gesetzbüchern nebst dem schweizerischen Privatrecht.

1. Kapitel.

Die Gewährleistungspflicht.

A. Gewährleisten heisst allgemein "einstehen", "haften" für etwas. Die Gewährleistung für Mängellosigkeit einer veräusserten Sache wird in einem engern und weitern Sinn gebraucht.

I. Gewährleistung im engern Sinn ist streng geschieden von Erfüllung; diese geht auf die Herbeiführung eines Erfolges, jene aber auf die Haftung, das Eintreten für einen Zustand, der ausserhalb der Erfüllung liegt [1]). Desgleichen ist Garantie im technischen Sinne nicht dasselbe wie Gewährleistung in ihrer engern Bedeutung, sondern Garantie begründet lediglich eine Erfüllungspflicht [2]).

1. Gewährleistung im engern Sinne ist bei Rechtsmängeln heute deshalb unmöglich, weil die Eigentumsverschaffung schon eine Erfüllungspflicht des Veräusserers ist (Art. 184 Abs. 1 OR.). Demgegenüber bestand nach den ältesten Rechten die Erfüllung nur in der Übergabe, in der Verschaffung des ungestörten Genusses am Gegenstand, das Eigentum daran aber musste nur gewährleistet werden, wenn Dritte Anspruch darauf erhoben [3]).

---

1) Süss, S. 19: "Die Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung, einen im Vertrag oder Gesetz festgelegten Erfolg herbeizuführen . . . Die Gewährleistung dagegen geht nicht darauf, einen vertraglich oder gesetzlich festgelegten Erfolg herbeizuführen, sondern für einen Zustand einzustehen, zu dessen Herbeiführung man eben gerade nicht verpflichtet ist, also Rechtsnachteile (ev. Leistungen!) zu übernehmen, obwohl man erfüllt hat, obwohl man nicht verpflichtet ist, den gewährleisteten Zustand zu schaffen." Vgl. ferner Pisko, Gewährleistung, S. 13 f.

2) Süss, S. 30: "Wer eine Eigenschaft garantiert, nicht nur zusichert, ist verpflichtet, sie herbeizuführen."

3) Süss, S. 20 ff.; Becker, Art. 192 N. 1; Lautner, S. 34.

2. Eine Gewährleistung im engern Sinne ist heute noch jene für Sachmängel. Die Erfüllungspflicht besteht nicht in der Leistung einer mangelfreien Sache, sondern in der Leistung des veräusserten Gegenstandes, so wie er ist, in seiner Übergabe und — nach unserm positiven Rechte — in der Verschaffung des Eigentums an ihm. Weil es nun aber möglich ist, dass trotz Erfüllung die Interessen der Parteien nicht gewahrt sind, d. h. Leistung und Gegenleistung nicht im Gleichgewicht zueinander stehen, gibt es eine Gewährleistung für Sachmängel. Kraft Gewährleistung kann also nicht mehr Erfüllung mit mangelfreier Sache verlangt werden, der Vertrag kann aber durch Minderleistung der einen oder erhöhte Leistung der andern Partei ins Gleichgewicht gebracht werden oder, sofern der Interessenausgleich es erfordert, überhaupt aufgehoben werden [4]).

II. In unserm Gesetzbuch ist demgegenüber der Gewährleistungsbegriff erweitert. Es verpflichtet den Veräusserer sowohl aus Erfüllung zur Eigentumsverschaffung (Art. 184 Abs. 1 OR.) als aus Gewährleistung zur Haftung für das nichtverschaffte Eigentum (Art. 192 Abs. 1 OR.) [5]). Somit deckt sich in unserm Recht die Gewährleistung teilweise mit der aus der Erfüllungspflicht fliessenden Ersatzpflicht bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung. Es wird deshalb auch die Ansicht vertreten, die Gewährleistung gehöre zur Erfüllung [6]). — Nach unserm Gesetze bedeutet somit Gewährleistung einfach: Einstehen, Haftung für Mängel, die an einer geleisteten Sache hervortreten. Daraus folgt: Einerseits muss der Mangel schon bei Gefahrübergang, d. h. in der Regel (bei Speziessachen) zur Zeit des Vertragsabschlusses wenig-

4) Süss, S. 48 ff.
5) Ähnlich im BGB. §§ 433 und 443. Vgl. Süss, S. 33. f.
6) Vgl. Jäger, S. 1o ff.

stens versteckt vorhanden gewesen sein [7]), andererseits muss die Übergabe resp. die Annahme schon vollzogen sein. Bemängelung vor der Übergabe ist nur nach Art. 97 OR. möglich, nicht nach den Gewährleistungsnormen [8]).

B. Die Verpflichtung zur Gewährleistung ist nach Inhalt und Umfang bei den einzelnen Arten obligatorischer Verträge sehr verschieden. Sie richtet sich vor allem nach der Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften. Bei den erstern bestand von jeher eine Pflicht zur Gewährleistung, da hier dem Erwerb der Sache durch den einen Kontrahenten ein Äquivalent auf Seiten des andern Kontrahenten gegenübersteht. Bei den letztern hingegen entsteht eine Pflicht nach unserm Recht nur durch besonderes Versprechen [9]).
Das häufigste und wichtigste Rechtsgeschäft entgeltlicher Art ist der Kauf. Bei ihm haben sich daher schon im römischen Recht feste Grundsätze über die Gewährleistungspflicht herausgebildet, die für die übrigen entgeltlichen Geschäfte analoge Anwendung finden mussten [10]).

---

7) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 197 N. 17; Süss, S. 237; Gsell, S. 31 f.

8) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 192 N. 1; Becker, Art. 192 N. 3. Haymann, Anfechtung, S. 21 ff.

9) Art. 248 Abs. 2 OR.

10) Vgl. Lautner, S. 21 f.; Baller, S. 1.

2. Kapitel.

Die Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens.

A. Über den Vermögensbegriff bestehen verschiedene Definitionen [11]: In seiner gewöhnlichen Bedeutung ist das Vermögen die Summe der geldwerten Rechte einer Person (also Bruttovermögen); manchmal werden die Passiven aber nicht zum Vermögen gerechnet (Nettovermögen). Bei der Gesamtnachfolge in das Vermögen meinen wir wiederum die Übernahme der Summe von Aktiven und Passiven [12]. Die Frage dreht sich also um die Einbeziehung der Schulden in den Vermögensbegriff. Gehen wir mit Gierke [13] einig oder nicht, dass als Vermögensbelastung die Schuld der objektiven Vermögenseinheit angehöre, so werden die Schulden tatsächlich doch als zum Vermögen gehörend angesehen [14] und, falls sie bei der Auseinandersetzung nicht getilgt werden, von den Teilhabern mangels anderer Abrede auch anteilsmässig getragen [15]. Es erübrigt sich jedoch für uns eine Stellungnahme zu dieser Streitfrage, da die Gewährleistungpflicht für die Quote des Gesamteigentümers bei der Vermögensverteilung sich direkt nur auf die Aktiva nach Abzug der Schulden erstrecken kann [16].

B. Unser Zivilgesetzbuch kennt zwei Arten von gemeinschaftlichem Eigentum: Miteigentum und Gesamteigentum. Kein gemeinschaftliches Eigentum ist dasjenige der juristischen Personen, denn hier steht das Eigentum nicht den ein-

11) Staudinger, Kommentar, Sachenrecht, 2. Abschnitt, Vorbem. IV.
12) Michaelis-Seyffarth, Kommentar § 1922. 5.
13) Gierke, Deutsches Privatrecht, § 104 Anm. 80.
14) Dübi, S. 94 f. und S. 101 f.
15) Vgl. Art. 640 Abs. 3 ZGB.
16) Vgl. Wieland, Allgem. Bem. Art. 646. 1. S. 32 f.

zelnen Mitgliedern zu, sondern der Gesamtheit als solcher, der juristischen Person. Die juristische Person hat deshalb auch einen besonderen Vertretungskörper, der das Eigentum verwaltet (Art. 52 ZGB.). Die juristische Person erlischt erst nach Beendigung der Liquidation; ihr Eigentum wird daher auch im Augenblick der Verteilung nicht gemeinschaftliches Eigentum ihrer Mitglieder [17]).

Miteigentümer und Gesamteigentümer üben ihr Eigentum selbst aus, doch müssen sie sich in der Ausübung teilen. Bei der meist kleinen Anzahl von Gemeinschaftern ist dies aber möglich, währenddem die juristische Person dazu häufig zu gross wäre. Die Gemeinschaft braucht deshalb auch keine körperschaftlichen Einrichtungen; Vertretung und Verfügung stehen ihren Teilhabern als solchen zu [18]). Das gemeinschaftliche Eigentum setzt Teile oder Anteile voraus. Der Anteil eines Miteigentümers ist zahlenmässig in Form eines Bruchteils bestimmt; nach diesem Bruchteil ist er an den Lasten [19]), am Ertrag und am Teilungsergebnis der einzelnen Sachen beteiligt. Der Anteil des Miteigentümers ist auch jederzeit veräusserlich, d. h. der Miteigentümer hat das freie Verfügungsrecht über seinen Anteil am Werte der gemeinschaftlichen Sache. Er kann jederzeit Teilung verlangen. Die Umwandlung von Miteigentum in Gesamteigentum ist Eigentumsübertragung und deshalb an die hiefür vorhandenen Vorschriften gebunden. Im Zweifel wird ein gemeinschaftliches Eigentum als Miteigentum vermutet. Miteigentum schafft erst die Gemeinschaft.

C. Gesamteigentum dagegen setzt eine Gemeinschaft voraus [20]). Bald ist dabei die Personengemeinschaft, bald die Vermögensgemeinschaft die Hauptsache [21]). Stets aber bezieht

---

17) Vgl. Art. 746 und 913 OR.
18) Vgl. Art. 647 und 653 ZGB.
19) Vgl. Art. 649 ZGB.
20) Leemann, Art. 652 N. 1.
21) Vgl. Guhl, in ZBJV. 53. S. 5 und Jenny, in ZBJV. 64 S. 148.

sich das Gesamteigentum auf ein Vermögen (das ausnahmsweise auch aus einer einzigen Sache bestehen kann) [22]). Zum Unterschied vom Miteigentümer, dessen bestimmte Quote auf den einzelnen Gegenstand geht, bezieht sich die ideelle Quote des Gesamteigentümers auf das ganze gemeinschaftliche Vermögen nach Abzug der Schulden [23]), also auf das Nettovermögen und den Gewinn der Gemeinschaft. Demnach stellt der Anteil des Gesamteigentümers, im Gegensatz zu demjenigen des Miteigentümers, keinen sachenrechtlichen, sondern einen obligationenrechtlichen Begriff dar; er ist ein Anspruch auf das, was dem Gemeinschafter bei der Auseinandersetzung zukommt [24]). Das freie Verfügungsrecht des Miteigentümers über seinen Anteil während des Bestehens des gemeinschaftlichen Eigentums fehlt daher dem Gesamteigentümer [25]). Liegt gemeinschaftliches Eigentum vor, so kann die Vermutung, wie schon gesagt, nicht für Gesamteigentum sprechen, weil mit dem Gesamteigentum stets ein die Gesamteigentümer verbindendes, engeres Gemeinschaftsverhältnis gegeben ist. Mit der Entstehung dieser Gemeinschaft entsteht eo ipso ein Gemeinschaftsvermögen, oder umgekehrt mit dem Gemeinschaftsvermögen die Gemeinschaft (z.B. die Erbengemeinschaft). Gleicherweise führt die totale Auseinandersetzung des Gemeinschaftsvermögens zur Auflösung der Gemeinschaft, oder umgekehrt die Gemeinschaftsauflösung zur Vermögensauseinandersetzung. Es ist möglich, dass dass Gemeinschaftsvermögen (wie z. B. bei der Gesellschaftsgründung) nur aus Ansprüchen besteht [26]).

---

22) Haab, Vorbem. Art. 646 - 654 N. 4; Leemann, Art. 652 N. 19.
23) Wieland, Art. 646 Anm. 1 S. 32 unten.
24) Verordnung des Bundesgerichtes vom 17.1.1923, Art. 1; Leemann, Art. 652 N. 7.
25) Heusler, Band 1, S. 236; vgl. unten D. II. 2.
26) Haab, Allgem. Bem. Art. 652 - 654 N. 2.

I. Da das Vermögen der juristischen Person kein gemeinschaftliches Vermögen ist und Miteigentum an einem Vermögen nicht bestehen kann, behandelt die vorliegende Arbeit nur die Gewährleistungspflicht der Gesamteigentümer bei der Verteilung ihres gemeinschaftlichen Vermögens. Gesamteigentum kann, wie gesagt, nicht beliebig begründet werden, das Gesetz bestimmt die Gemeinschaftsverhältnisse, durch die es entsteht. Diese Gemeinschaftsverhältnisse wiederum werden begründet, entweder durch Rechtsgeschäft unter den Beteiligten (Ehe-, Gemeinderschafts- und Gesellschaftsvertrag) oder kraft Gesetzesvorschrift (Erbgang). Nach Bundesrecht sind Gesamthandsverhältnisse:

1. Die Gemeinderschaft als die historische Urform des Gesamteigentums [27]), Art. 336 ff., besonders 342 Abs. 1 ZGB.

2. Die Gütergemeinschaft, Art. 215 (allgemeine), Art. 229 (fortgesetzte), Art. 237 (beschränkte) und Art. 239 (Errungenschaftsgemeinschaft) ZGB.

3. Die Erbengemeinschaft, Art. 602 ff., besonders 602 Abs. 2 ZGB.

4. Die Kollektivgesellschaft, Art. 552 ff. OR.

5. Die Kommanditgesellschaft, Art. 594 ff. OR. Ob ein Gesamthandsverhältnis vorliege, wenn die Kommanditgesellschaft nur einen Komplementär hat, d. h. ob der Kommanditär überhaupt auch Gesamteigentümer sei, ist streitig [28]). Wollte man dem Kommanditär keine Gesamtberechtigung am Gesellschaftsvermögen zuerkennen, so würde sich nach seinem Ausscheiden oder nach der Auflösung der Gesellschaft sein Gewährleistungsanspruch für die ihm zugeteilten

27) Altherr, S. 13 ff.

28) Verneinend: Leemann, Art. 652 N. 15 und dort Zitierte; bejahend: Haab, Allgem. Bem. Art. 652 - 654 N. 8; Siegwart, Art. 595 N. 14.

Vermögensgegenstände m. E. von demjenigen eines Käufers nicht unterscheiden [29]), denn in diesem Falle müsste das Schicksal seiner Einlage von demjenigen des Gesellschaftsvermögens fortab getrennt werden; ein Gewährleistungsverhältnis würde überhaupt dahinfallen, wenn dem Kommanditär die Einlage, so wie er sie gemacht hatte, wieder zurückerstattet würde. Die Gesamthänderstellung des Kommanditärs kann man vielleicht noch dort leugnen, wo die Kommanditeinlage unabhängig von der Vermögensbilanz zurückgegeben wird [30]), nicht aber in den Normalfällen, wo der Kommanditär bei der totalen Teilung oder bei seinem Ausscheiden einen grösseren oder kleineren Anteil erhält als seine Einlage beträgt, je nach dem Vermögensstand zur Zeit der Ausscheidung [31]) oder Teilung [32]), wo also die Bestimmung der Anteilsgrösse auf die gleiche Art vorgenommen wird, wie bei der Kollektivgesellschaft. Es kann wohl kaum begründet werden warum ein Kommanditär dort, wo er auch im Innenverhältnis Kommanditär (und nicht nur Darleiher) ist, nicht auch gesamtberechtigt ist, und insbesondere warum eine Gewährleistung sich nicht nach den Regeln des Gesamteigentums richtet, wenn schon diese Regeln bei der Auflösung der Kommanditgesellschaft und beim Ausscheiden eines Kommanditärs auch für die Kommanditeinlage weitgehend gelten [33]).

---

29) Vor allem keine Haftungsbestimmung durch Anrechnungswert und Anteilsmässigkeit.

30) Vgl. BlZüR. 16. S. 134: Die Kapitalbeteiligung durch die Kommanditeinlage hatte für die Gesellschafter untereinander wirtschaftlich die Bedeutung eines Darlehens und nahm die Form der Kommandite nur an, damit (für die Interessen des Geschäftes) die Kapitalerhöhung nach aussen bekannt werde und zur Geltung käme.

31) Vgl. ZBJV. 44. S. 441 ff.

32) Vgl. Siegwart, Art. 619 N. 10.

33) Siehe aber unten Fussnote 49.

6. Die einfache Gesellschaft, Art. 53o ff. OR. Gemäss Art. 544 OR. kann sie auch nur Miteigentum begründen [34]). Vereine, denen die juristische Persönlichkeit nicht oder noch nicht zukommt, werden nach Art. 62 ZGB. den einfachen Gesellschaften gleichgestellt, ihr Vereinsvermögen ist also gemeinschaftliches Vermögen. Solche Vereine sind in der Schweiz allerdings selten möglich [35]), ihr Vermögen wird man nicht ohne weiteres als Gesellschaftsvermögen behandeln können [36]), und deshalb wird man für die Gewährleistung bei der Vermögensverteilung von Fall zu Fall abwägen müssen, ob und wie weit die im Folgenden für das Gesamteigentum entwickelten Grundsätze anwendbar sind. Ein nichtrechtsfähiger Verein wird doch oft eine Körperschaft bleiben, die sich von der einfachen Gesellschaft stark unterscheidet [37]), und sein Vermögen wird häufig an einen bestimmten Zweck gebunden sein, sodass es gar nie zur Verteilung unter die Mitglieder gelangt.

Uneinigkeit herrscht auch darüber, ob die Konkursgläubigerschaft Gesamteigentum begründe [38]). Es scheint mir gewagt, die Konkursverwaltung nicht lediglich als Vertretung des Gemeinschuldnes aufzufassen [39]) und dann alle Konkursgläubiger einander als Gesamteigentümer gewährleistungspflichtig werden zu lassen, obwohl der Konkursverwaltung so grosse Kompetenzen gegeben sind und die Konkursgläubiger weiter in keinem nähern Verhältnis zueinander stehen.

Kantonalrechtlich hat Zürich mit § 137 seines Gesetzes betref-

---

34) Leemann, Art. 652 N. 14; Haab, Allgem. Bem. Art. 652 - 654 N. 8.

35) Egger, Art. 62 N. 1.

36) Egger, Art. 62 N. 3 und 4; Leemann, Art. 652 N. 14.

37) von Tuhr, Allgem. Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts § 4o S. 577.

38) Bejahend: Leemann, Art. 652 N. 16; Jæger, Art. 24o N. 5 u.a.; verneinend: Haab, Allgem. Bem. Art. 652 - 654 N. 9 u.a.

39) Vgl. von Tuhr, OR. § 89 S. 679 Fussnote 19 und von Tuhr / Siegwart, § 43 S. 329 Fussnote 12.

fend die Förderung der Landwirtschaft vom 24. September 1911 die Flurwege in das Gesamteigentum derjenigen Grundeigentümer gestellt, deren Grundstücke sich in der Flurabteilung befinden [40]).

II. Was nun Verwaltung, Nutzung und Gebrauch des gemeinschaftlichen Vermögens anbetrifft, so besteht keine einheitliche Regelung; massgebend sind die Grundsätze über die einzelnen Gemeinschaftsarten. Zur Verfügung braucht es grundsätzlich einen einstimmigen Beschluss aller Gesamteigentümer (Art. 653 Abs. 2 ZGB.), doch kann die Berechtigung dazu in einigen Fällen einem einzigen oder einem einzelnen übertragen werden (Art. 217, 231, 341 und 602 ZGB.; Art. 564, 585 und 603 OR.). Wird eine einzelne Sache veräussert, so fällt deren Erlös wieder in das Gesamteigentum.

D. I. Die gänzliche Auflösung des gemeinschaftlichen Vermögens (totale Teilung) ist, wie schon gesagt, von der Aufhebung des persönlichen Verhältnisses unter den Gesamteigentümern, der Aufhebung der Gemeinschaft selbst, abhängig [41]). Die Aufhebungsmöglichkeit ist je nach der Gemeinschaftsart wieder auf verschiedene Weise gegeben: Aufhebung der Gemeinschaft (Art. 343 ff. ZGB.), der ehelichen Gütergemeinschaft bei Abänderung des Güterstandes durch Vertrag (Art. 179-181 ZGB.), durch Urteil (Art. 155 und 183 f. ZGB.), bei Auflösung der Ehe durch Scheidung (Art. 154 ZGB.),

40) Vgl. Haab, Allgem. Bem. Art. 652-654 N. 10.

41) Vgl. BGE. 60. I. S. 147 f.; SJZ. 32. Jahrg. S. 49 und 30. Jahrg. S. 328. Wird also z.B. bei der Erbengemeinschaft ein Miterbe abgefunden, so besteht die Erbengemeinschaft unter den übrigen Miterben fort, solange sie das gemeinschaftliche Vermögen gesamthaft besitzen und sich nicht durch formlosen (stillschweigenden, konkludenten) Vertrag zu einer einfachen Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft verbinden.

durch Tod (Art. 225 ZGB.), der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten (Art. 232 ZGB.), der Erbengemeinschaft (Art. 604 ZGB.), der einfachen Gesellschaft (Art. 545 ff. OR.), der Kollektivgesellschaft (Art. 574 OR.), und der Kommanditgesellschaft (Art. 619 OR.).

1. Wollen wir im Folgenden Gewährleistungsgrundsätze suchen, die ihre Eigenart von der Gesamthand her erhalten, so sind zunächst jene Fälle auszuschliessen, bei denen infolge Ungültigkeit des gemeinschaftlichen Verhältnisses, Abwesenheit der zum Gedeihen der betreffenden Gemeinschaft erforderlichen Voraussetzungen, Überschuldung des Gemeinschaftsvermögens, etc., die Teilung nicht auf die sonst der Gemeinschaft zukommende Art und Weise vorgenommen werden kann, wo also die Gemeinschaft wegen ihrer Mangelhaftigkeit dem Vermögen ihren Stempel nicht aufzudrücken vermochte, oder wo aus der Verschuldung noch etwas gerettet werden soll. Eine Quotalteilung ist in solchen Fällen daher ausgeschlossen, soweit als möglich erhält jeder Teilhaber wieder die von ihm in die Gemeinschaft eingebrachten Gegenstände [42]). Für Mängel aller dieser Sachen können daher die Gewährleistungsregeln der Gemeinschaftsteilung keine Geltung beanspruchen. Der Charakter einer Gemeinschaftsteilung wird nur der Zuteilung jener Vermögensstücke gegeben, die in der Gemeinschaft und durch die Gemeinschaft erworben wurden; daher gelten auch für deren Mängel die Gewährleistungsgrundsätze der Gemeinschaftsteilung. Die Fälle nun, bei denen nicht das Eingebrachte sondern nur der Vorschlag nach Quoten geteilt wird, sind: Die Ehescheidung (Art. 154 ZGB.), die Ungültigkeitserklärung der Ehe (Art. 134 Abs. 2 ZGB.), der Eintritt der Gütertrennung (Art.

42) Egger, Art. 154 N. 4: Jeder Ehegatte erhält die Gegenstände, die er eingebracht hatte, in natura wieder zurück.

189 ZGB.) und die Erbunwürdigkeit des überlebenden Ehegatten (Art. 225 Abs. 2 ZGB.). Solchen im Gemeinschaftsleben liegenden Umständen wird wohl gerade auf die Auflösung des ehelichen Gemeinschaftsvermögens ein so starker Einfluss verliehen, weil in den betreffenden Fällen durch eine andere Vermögensverteilung der hohe ethische Gehalt der Ehe zugunsten des materiellen Gemeinschaftsverhältnisses allzusehr missachtet würde.

2. Die der Gesamthandsgemeinschaft zukommende Auflösungsform ist die Auseinandersetzung nach Anteilen, nach Quoten. Mit der Aufhebung der Gemeinschaft wird das Gesamteigentum aber nicht Miteigentum [43]). Teilung im engern Sinn ist nur bei Miteigentum möglich [44]), wo jedem Teilhaber ein wertmässig bestimmter Anteil an jedem gemeinschaftlichen Gegenstand zusteht. Bei der Vermögensauseinandersetzung bilden die Gesamthänder eine Liquidationsgemeinschaft, und ihre Berechtigung am ganzen Vermögen verschwindet in dem Masse, als die Auseinandersetzung vollzogen wird. Diese erfolgt nach den Normen der Gemeinschaftsform, unter der das Vermögen vorher stand, subsidiär aber, soweit nach Tilgung der Schulden noch Aktiva übrigbleiben, wird geteilt nach den Regeln über das Miteigentum [45]). Die Auseinandersetzung ermittelt auf diese oder jene Weise das Nettovermögen der Gemeinschaft. Die Quotenberechtigung der Teilhaber bezieht sich auf alle Sachen, die im Zeitpunkt der Liquidation Bestandteile des gemeinschaftlichen Vermögens sind. Der Titel dieser Abhandlung spricht ja schlechthin von der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens; es kann somit nicht von Sachen die Rede

43) Vgl. Haab, Allgem. Bem. Art. 652 - 654 N. 13 / 14; Wieland, Art. 652 Anm. 2; Leemann, Art. 652 N. 5.
44) Vgl. Wieland, Art. 651 Anm. 8.
45) Vgl. Leemann, Art. 654 N. 8.

sein, die im Augenblick der Zuteilung sich gar nicht mehr im Vermögen befinden, sondern schon im Verlaufe der Auseinandersetzung an Dritte veräussert wurden. Die Teilung ist vollzogen, wenn das gemeinschaftliche Vermögen soweit liquidiert ist, dass die Anteile der Teilhaber sich in Sonderrechte an den einzelnen Vermögensgegenständen umgewandelt haben [46]). Die Verteilung ist gerecht, wenn die Anteile, die die Teilhaber übernehmen, im gleichen Wertverhältnis zueinander stehen, wie ihre ideellen Quoten vor der Teilung.

3. Die Gewährleistung nach den Regeln der Gemeinschaftsteilung kommt ausser den unter 1. erwähnten Fällen bei der Auseinandersetzung resp. Teilung jedes Gesamthandsvermögens zur Anwendung. Praktisch allerdings wird sie bei gewissen Gemeinschaftsarten häufiger aktuell werden als bei andern, je nachdem diese in ihrer Liquidation eine Tendenz zur Vermögensversilberung zeigen oder nicht. Geld kann weder einen Rechts- noch einen Sachmangel aufweisen, auf den ein Gewährleistungsanspruch gegründet werden könnte. Ausser dem Geld können aber alle den Anteil eines Teilhabers bildenden Gegenstände gewährleistungsbedürftig werden. Soweit daher solche Gegenstände unter Anrechnung an die Quote, zu der der Teilhaber berechtigt ist, verteilt werden, gelten die im Folgenden erörterten Regeln sowohl für die Verteilung des ehelichen Gemeinschaftsvermögens, wie auch des Gemeinderschaftsvermögens, des Erbenvermögens, des Vermögens der einfachen Gesellschaft, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Darf man auch in der Behandlung der Auseinandersetzung des ehelichen Gemeinschaftsvermögens [47]) und des Gemeinderschaftsvermögens [48])

46) Vgl. Widmer, S. 130.

47) Denzler, S. 97: "Die Auflösung jenes gemeinschaftlichen Vermögens

nicht zu stark die Normen der Erbschaftsteilung heranzuziehen, so wird man doch bei allen drei Gesamthandsgemeinschaften des ZGB. praktisch im allgemeinen die Vermögenswerte zu ihrer Verteilung weniger häufig und umfassend in Geld umwandeln als bei der einfachen Gesellschaft, bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Bei den letzteren wird die Versilberung gewöhnlich weitergehen, als zur Schuldentilgung Kapital notwendig ist, und erst da aufhören, wo die Gesellschafter ein Interesse an der Übernahme von Sachwerten besitzen [49]). Die Gegenstände der Gemeinschaftsvermögen des Familien- und Erbrechts behalten in der Hand einzelner Teilhaber leicht ihren gleichen Wert, währenddem das Vermögen einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft häufiger einen Betrieb, ein Unternehmen darstellt, dessen Bestandteile wirtschaftlich zusammengehören und bei einer quotenmässigen Verteilung viel an Wert verlieren würden. Trifft

---

ist mangels gesetzlicher Bestimmung, gestützt auf sich aufdrängende Analogie nach den Vorschriften über die Erbschaftsteilung durchzuführen, wobei natürlich die gesetzliche oder die ehevertraglich vereinbarte Quotalteilung zum Ausdruck kommen muss."

48) Courvoisier, S. 17o: "L'objet de l'indivision étant généralement formé d'une succession dont le partage a été différé, il faudra, dans le doute, nous semble-t-il, appliquer les règles relatives au partage des successions."

Gleicher Ansicht Altherr, S. 118.

Vgl. aber auch Annen, S. 15 f. u.a.: "In gleicher Weise dürften m.E. auch die Bestimmungen betreffend die Auseinandersetzungen hinsichtlich landwirtschaftlicher Grundstücke und Gewerbe behandelt werden."

49) Vgl. Siegwart, Art. 548 / 5o N. 26 ff., Art. 586 N. 9 ff. 15, betr. die Liquidation im allgemeinen; speziell für die Rückerstattung der Einlagen vgl. Art. 548 / 5o N. 36 ff., Art. 588 N. 3, der Kommanditeinlagen Art. 619 N. 1o: "Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch ein Kommanditär unversilberte Vermögenswerte übernimmt."

Becker, Art. 548 N. 1: "Kein Gesellschafter muss sich die Zuteilung von Sachen statt in Geld gefallen lassen, wenn es nicht anders vereinbart ist."

ein solcher Unterschied im Aktuellwerden der Gewährleistung bei der Auflösung der Gemeinschaftsvermögen zwischen jenen des ZGB. und jenen des OR. wohl zu, so tritt der Gewährleistungsfall doch bei allen Gesamthandsgemeinschaften seltener ein, wenn es sich nur um eine Abfindung einzelner Teilhaber handelt, denn Abfindungen werden meistens in Geld vorgenommen [50]).

II. Bisher hatten wir, wenn wir von Teilung oder Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens sprachen, dessen gänzliche Auseinandersetzung im Auge, bei der es also ganz unter alle Gemeinschafter verteilt wird. Unter Verteilung versteht man ja in erster Linie diese totale Teilung, weshalb auch die Untersuchung über die Gewährleistung in dieser Abhandlung vorerst immer auf sie hingerichtet wird. Wollen wir nun aber alle Möglichkeiten berücksichtigen, bei denen die der Gemeinschaftsteilung eigenen Gewährleistungsgrundsätze angewendet werden müssen, so haben wir auch jene Fälle ins Auge zu fassen, bei denen die Gemeinschaft zwar fortlebt und der Teilhaberbestand sich nicht verändert, das Gemeinschaftsvermögen aber durch Zuteilungen an die Gemeinschafter verringert wird und jene Fälle, bei denen das Gemeinschaftsvermögen in seinem Bestande nicht verändert wird, die Teilhaberzahl aber verringert wird, oder die Gemeinschaft überhaupt aufgehoben wird. Die bisher behandelte gänzliche Teilung führt sowohl objektiv als auch subjektiv zum Ende der Gemeinschaft. Eine rein objektiv totale Tei-

50) Egger, Art. 236 N. 7: "Nähere Bestimmungen über die Abfindung eines Gemeinders fehlen, sie findet in Geld statt."
Siegwart, Art. 580 N. 26: "Die Art und Weise der Deckung des Abfindungsanspruches kann durch vorausgehende oder nachfolgende Abreden bestimmt werden. Sonst entscheidet der Richter darüber. Der Ausscheidende muss sich in letzterem Fall eine Abfindung in Geld gefallen lassen."

lung ist unmöglich, da jede Gesamthandsgemeinschaft an ein Vermögen gebunden ist [51]), bei dessen Auflösung sie selbst eo ipso untergeht.

1. Bei der rein objektiv partiellen Teilung besteht die Gemeinschaft weiter, der Teilhaberbestand wird durch sie nicht vermindert, dagegen wird ein Teil des gemeinschaftlichen Vermögens in Mit- oder Alleineigentum der Gemeinschafter übergeführt. Es findet eine wirkliche Vermögensteilung statt, doch wird noch keinem Teilhaber soviel zugeteilt, dass seine Gesamtberechtigung am unverteilten Vermögen verschwinden würde. Die Gewährleistung der objektiv partiellen Teilung bringt, wie wir sehen werden, keine grossen Schwierigkeiten mit sich. Nebst den im Gesetz erwähnten Fällen der Art. 347 und 604 Abs. 2 ZGB. [52]), Art. 586 resp. 619 Abs. 1 OR., liegt eine objektiv partielle Teilung überall da vor, wo bei einer länger dauernden Auseinandersetzung vor der endgültigen Aufteilung des Gemeinschaftsvermögens Werte aus demselben den Teilhabern unter Anrechnung an ihren Anteil zugesprochen werden [53]).

2. Scheiden ein oder mehrere Teilhaber gegen Abfindung aus der Gemeinschaft aus, ohne dass deshalb die Gemeinschaft unter den übrigen Teilhabern zu bestehen aufhört, so nennen wir dies, je nachdem sich die Abfindung aus Gegenständen des Gemeinschaftsvermögens oder von Sondervermögen zusammensetzt, partielle Teilung im engern Sinn [54]) (= objektiv und subjektiv kombiniert beschränkte Teilung [55]))

---

51) Vgl. oben C.

52) Vgl. Annen, S. 82; Felber, S. 38 ff.

53) Gewöhnlich wird dabei wohl Geld verteilt, es können aber auch andere Werte sein, die sich für eine Realteilung eignen. Vgl. Siegwart, Art. 586 N. 15 resp. Art. 548 / 50 N. 40.

54) Nach Felber, S. 81.

55) Nach Annen, S. 122.

oder rein subjektiv beschränkte Teilung. Unmöglich ist eine subjektiv partielle Teilung dort, wo die Gemeinschaft nur oder nur noch zwei Teilhaber zählt, insbesondere also beim ehelichen Gemeinschaftsvermögen. Sobald einer von beiden Gemeinschaftern ausscheidet liegt hier eine totale Teilung vor [56]).

Die Abtretung eines Teilhaberanteils an einen Dritten ist keine subjektiv beschränkte Teilung. Hat gemäss Art. 635 Abs. 2 ZGB. bei der Erbengemeinschaft eine solche Abtretung nur obligatorische Wirkung [57]), so kann auch nach Art. 542 OR. bei der einfachen Gesellschaft und nach Art. 653 Abs. 3 ZGB. beim Gesamteigentum überhaupt kein Gemeinschafter seine Teilhaberstellung der Gemeinschaft gegenüber verbindlich an einen Dritten veräussern [58]). Daher entsteht zwischen der Gemeinschaft und dem Dritten auch nie ein von der Gemeinschaftseigenart beherrschtes Gewährleistungsverhältnis.

Eine subjektiv partielle Teilung ist m. E. auch nicht die Anteilsabtretung eines Teilhabers nur an einen oder einzelne Mitgemeinschafter, nicht aber an die Gemeinschaft selbst. Ist man auch geneigt, Art. 635 Abs. 1 ZGB. aus praktischen Erwägungen heraus so aufzufassen, dass der Abtretungsvertrag in diesem Falle dingliche Wirkung hätte [59]), sodass also zwischen dem abtretenden Erben und den abfindenden Miterben nur ein Kaufsgewährleistungsverhältnis für die Abfindungsgegenstände entstehen würde, währenddem der erstere ganz aus der Erbengemeinschaft ausscheiden würde und den letzteren allein seine Erbschaftsquote dafür anwachsen würde, so würde dadurch doch das Gesamthandsprinzip [60]) durch-

---

56) Für die Erbengemeinschaft vgl. Annen, S. 88 unten.

57) Annen, S. 86; Felber, S. 65 u.a.

58) Vgl. Jenny, S. 151.

59) Wie Annen, S. 86 - 88.

60) Vgl. Jenny, S. 156 f.; Felber, S. 65 - 73; Haab, Allgem. Bem. Art. 652 - 654 N. 2o und dort Zitierte.

brochen und nach Miteigentumsgrundsätzen vorgegangen. Deshalb bleibt der auf diese Weise abgefundene Teilhaber in der Gemeinschaft, er behält bei der Teilung sein Mitwirkungsrecht und steht dann auch selbst im Gewährleistungsverhältnis, das durch die Zusprechung seines Anteils begründet wird.

Unter subjektiv partieller Teilung verstehen wir die Ausscheidung eines oder mehrerer Teilhaber aus der weiterbestehenden Gesamthandsgemeinschaft durch Aufgabe der Gesamtberechtigung an die Gemeinschaft, unter Abfindung aus dem Gemeinschaftsvermögen oder aus Sondervermögen. Die unentgeltliche Anteilsabtretung an die Gemeinschaft können wir hier ausser acht lassen, da der Rechtsgrund jeglicher Gewährleistung die Entgeltlichkeit ist [61]). Verzichtet daher ein Teilhaber nur teilweise auf seinen Anteil, so entsteht ein Gewährleistungsverhältnis nur bezüglich des Quotenteils, auf den er nicht verzichtet [62]). Die rein subjektiv beschränkte Teilung könnte streng genommen hier von der Behandlung ausgeschlossen werden, weil dabei nicht Gegenstände des Gemeinschaftsvermögens einem Teilhaber zugesprochen werden. Die Einbeziehung dieser Teilungsart in den Rahmen unserer Abhandlung geschieht aber deshalb, weil einerseits gewisse Besonderheiten der Gewährleistung zugeteilter Gemeinschaftsgegenstände auch für solche Abfindungen Geltung haben [63]), und andererseits, weil häufig sowohl aus Sondervermögen wie aus dem Gemeinschaftsvermögen miteinander Abfindungen vorgenommen werden, für die aber die Gewährleistungsverhältnisse verschieden geartet sind [64]). Unser Gesetzbuch besitzt mehrere Artikel, die die subjektiv partielle Teilung erwähnen, so bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft Art. 226 resp. 232 - 235 ZGB., bei der Gemeinderschaft Art. 344 - 346

61) Vgl. 3. Kapitel B.
62) Vgl. Imfeld, S. 37.
63) Vgl. 8. Kapitel E.
64) Vgl. 9. Kapitel B.

ZGB., bei der Erbengemeinschaft Art. 635 ZGB. [65]), bei der Kollektivgesellschaft Art. 576 - 578 und 580/81 OR. und bei der Kommanditgesellschaft Art. 619 OR.

3. Ändert schon die rein subjektiv partielle Teilung nichts am Bestand des Gemeinschaftsvermögens, so bleibt es auch gleich bei der rein subjektiv totalen Teilung. Durch sie fällt, obwohl das Gemeinschaftsverhältnis gänzlich aufgelöst wird, das ganze Gemeinschaftsvermögen ungeteilt in das Alleineigentum eines einzigen Teilhabers. Auch sie hat für uns nur Bedeutung, soweit das Gemeinschaftsvermögen nicht durch unentgeltlichen Verzicht der übrigen Gemeinschafter, sondern gegen deren Abfindung dem Übernehmer zugeteilt wurde. Eine rein subjektiv totale Teilung stellt bei allen Gemeinschaftsarten jener Fall dar, wo ein Teilhaber das ganze Gemeinschaftsvermögen, das z. B. in einem Betrieb, einem Unternehmen, einem Gebäude oder aus sonstwie schwer trennbaren oder wirtschaftlich zusammsngehörenden Gegenständen besteht, übernimmt.

Abschliessend soll wiederholt werden, dass ja alle die erwähnten Auflösungs- und Ausscheidungsarten selten rein vorkommen: Einem ausscheidenden Teilhaber werden sowohl Gegenstände aus dem Gesamt- wie aus Sondervermögen zugesprochen; bei der totalen Teilung erhält ein Gemeinschafter ausser Sachen aus dem Gemeinschaftsvermögen vielleicht noch Geld von einem Mitgemeinschafter, aber eben auch in Anrechnung auf seinen Anteil; die rein subjektiv partielle Teilung entwickelt sich zur subjektiv totalen Teilung, indem ein Gemeinschafter die andern allmählich aus seinem Vermögen abfindet.

65) Vgl. Jenny, S. 157; Haab, Allgem. Bem. Art. 652-654 N. 20; Annen, S. 88; Felber, S. 81 - 85. Gegenüber Annen und Felber vertritt Jenny die Ansicht, dass durch eine subjektiv beschränkte Teilung die Erbengemeinschaft in eine andere Gemeinschaftsform übergeführt werde.

3. Kapitel.

Die Regelung der Gewährleistung in den verschiedenen modernen Gesetzbüchern.
Die Entgeltlichkeit als Rechtsgrund der Gewährleistung.

A. Sowohl im ausländischen als auch im schweizerischen Recht wird die Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens als entgeltliche Veräusserung angesehen und werden die Teilhaber verpflichtet, mag die Gewährleistung im übrigen so oder anders normiert sein, einander für Mängel der zugeteilten Sachen einzustehen.

I. Eine kurze Darlegung der Gewährleistungsordnung im deutschen BGB., französischen Ccfr. und österreichischen ABGB. zeigt, dass diese modernen Gesetzeswerke ihre Gewährsregeln, je nach ihrem Charakter ausdrücklich oder stillschweigend, auch auf die Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens anwenden möchten:

1. BGB. § 493 lautet: Die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mangels der Sache finden auf andere Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.
Wie § 493 für Sachmängel, so dehnt § 445 die Gewährleistungspflicht für Rechtsmängel auf die gleichen Vertragsarten aus. Überdies schreibt das BGB. noch für einige Fälle ausdrücklich die Anwendbarkeit der Kaufgewährsregeln vor, so für die Hingabe an Zahlungsstatt (§ 365), Tausch (§ 515), Werklieferungsvertrag (§ 651) und endlich auch für die Gemeinschaftsteilung in § 757 [66]). Diese doppelte Unterstellung

66) Staudinger, § 757 Anm. 1: . . . Das BGB. will auf sämtliche Fälle, in welchen bei Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftli-

der Gemeinschaftsteilung unter die Gewährsregeln des Kaufs hat offenbar dazu geführt, dass man annahm, das BGB. rechne sonst die Gemeinschaftsteilung zu den unentgeltlichen Verträgen [67]); doch mit Unrecht, denn auch der Tausch, dessen Entgeltlichkeitscharakter nicht bestritten werden kann, erfährt diese doppelte Unterstellung. Mit Recht schreibt daher Windscheid [68]): "Die Zuteilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen Teilhaber hat immer den Charakter der entgeltlichen Veräusserung; daher wendet folgerichtig das BGB. auf sie die Grundsätze von der Gewährspflicht des Verkäufers an."

2. Im Ccfr. finden wir keine ausdrückliche Anwendungsvorschrift. Doch haben die Kaufgewährsregeln auch hier "eine nach Lehre und Praxis über den Kaufvertrag hinausreichende Bedeutung" und "werden für anwendbar erachtet auf alle entgeltlichen Überlassungsverträge" [69]). In den Art. 883 ff. regelt der Ccfr. einige Besonderheiten der Gewährleistung bei der Erbschaftsteilung. Diese Besonderheiten ergeben sich aus der Verbindung der Kaufgewährsregeln mit dem „principe d'égalité qui est l'âme des partages" [70]), und

---

cher Gegenstand einem der Teilhaber zugeteilt wird, die Grundsätze aus dem Kauf über die Gewährleistung sowohl wegen eines Mangels im Rechte (§§ 434 ff.) als auch wegen eines Mangels der Sache (§§ 459 ff.) angewendet wissen, sodass also hier durchwegs ein Veräusserungsgeschäft anzunehmen ist, auch wenn ein Zwang hiezu ausgeübt wird.

67) Vgl. Lob-Oegg-Schliewen-Seyffarth, § 445 Anm. 3 a.

68) Windscheid-Kipp, § 449 Anm. 3 b; vgl. ferner Eck, I. Band S. 562: Es handelt sich immer um einen derivativen Rechtserwerb, nicht, wie man für das Gebiet des preussischen Landrechts bei dem Erwerbe des Alleineigentums durch einen bisherigen Miteigentümer annahm, um eine Anwachsung.

69) Lautner, S. 17 und 31.

70) Vgl. Baudry-Lacantinerie, Précis, III. N. 827 S. 45o f.

71) Vgl. Baudry-Lacantinerie, Précis, III. N. 823 S. 448; Lautner, S. 16.

können so auch auf andere Gemeinschaftsteilungen angewandt werden [71]).

3. Das ABGB. hat ein Rechts- und Sachmängel zusammenfassendes Gewährleistungsinstitut [72]) und lässt nach § 922 die Gewährleistungspflicht aus jeder entgeltlichen, rechtswirksamen Überlassung einer Sache oder eines Rechts als unkörperlicher Sache [73]) entstehen. Auf die Gemeinschaftsteilung verweist das ABGB. nicht ausdrücklich, doch wurden die Tausch- und Kaufgewährleistungsvorschriften schon bei der ersten Lesung auf alle entgeltlichen Rechtsgeschäfte ausgedehnt, also auch auf die Gemeinschaftsteilung [74]); allerdings ist ihre uneingeschränkte Anwendung nicht immer möglich.

II. Die Pflicht zur Gewährleistung bei der Verteilung eines Gemeinschaftsvermögens entspricht ebenfalls dem Sinn und Geist der alten Privatrechte der Schweizerkantone und des neuen Obligationenrechts.

1. Der napoleonische Code civil und das österreichische ABGB. dienten den Schweizer kantonalen Rechten auch in der Behandlung der Gewährleistung als Vorbilder. Nur Zürich folgte hier der herrschenden Pandektendoktrin.
Der Ccfr. beeinflusste Wallis und Tessin, etwas weniger deutlich auch Waadt und Neuenburg. Diese Zivilgesetzbücher behandelten die Gewährleistungsvorschriften eingehend im Kauftitel, erklärten sie dann aber als anwendbar auf alle entgeltlichen Überlassungsverträge [75]). Rechts- und Sachmängelhaftung wurden getrennt geregelt. Nach dem ABGB. richte-

72) Vgl. Pisko, Gewährleistung, S. 25.
73) Vgl. Lautner, S. 11; Pisko, Kommentar, Vorbem. zu den §§ 922 bis 933 B. I. 1.
74) Vgl. Pisko, Kommentar, Vorbem. zu den §§ 922 bis 933 B. I. 2. besonders Fussnoten 44 und 55; Pisko, Gewährleistung, S. 61.
75) Vgl. Lautner, S. 16 unten.

ten sich Bern und Luzern nebst Aargau und Solothurn; sie kannten ein einheitliches Gewährleistungsinstitut, indem sie Rechts- und Sachmängel miteinander verschmelzen liessen [76]). Das kantonale Privatrecht Zürichs besass die Vorschriften über die Gewährleistung im Kaufabschnitt, wandte sie dann analog auf andere entgeltliche Veräusserungsverträge an, und unterschied scharf zwischen Rechts- und Sachmängelhaftung; diese Bestimmungen wurden vom Privatgesetzbuch des Kantons Schaffhausen wörtlich übernommen.

2. Das Schweizerische Obligationenrecht vom Jahre 1881 schuf, dem Ccfr. und dem Zürcher Privatrecht folgend, kein allgemeines Gewährleistungsinstitut und trennte die Haftung für Rechts- und Sachmängel voneinander. So finden wir in unserm heute geltenden Obligationenrecht die Gewährleistungspflicht geregelt im Abschnitt über Kauf und Tausch in den Art. 192 ff. (Gewährleistung des veräusserten Rechtes) und den Art. 197 ff. (Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache). Im Gegensatz zum Ccfr. verzichtet es auf die Einleitung der beiden Haftungsfälle durch einen sie zusammenfassenden Artikel.
Besondere Gewährleistungsregeln stellt unser Gesetzbuch nur auf, wo die subsidiär für das ganze Privatrecht geltende Kaufgewährleistungsordnung wegen des besonderen Vertragscharakters zu einer unbilligen Lösung führen würde (Zwangsversteigerung Art. 234 Abs. 1 OR.) oder wo es sich nicht um die entgeltliche Überlassung einer Sache oder eines Rechts handelt (Schenkung Art. 248 OR., unentgeltliche Abtretung Art. 171 Abs. 3 OR.) [77]); andere Verhältnisse verlangen zur Verkehrserleichterung eine Milderung der allgemeinen Grund-

76) Vgl. Rabel, S. 334 ff.; Lautner, S. 18.
77) Vgl. 1. Kap. B.; Baller, S. 1 f. Eine Pflicht zur Gewährleistung entsteht hier allgemein nur durch Zusicherung.

sätze (Viehhandel Art. 198 und 202 OR.) oder eine Abänderung infolge des notwendigen Schutzes des öffentlichen Vertrauens zum Grundbuch (Grundstückskauf Art. 219 OR.); schliesslich besitzt unser Obligationenrecht noch Bestimmungen, die stillschweigend auf die Gewährleistungsordnung beim Fahrniskauf verweisen und ein Beispiel für deren analoge Anwendung auf ähnliche Vertragsverhältnisse bieten (Tausch Art. 238 OR., Miete Art. 254 und 258 OR. [78]), Pacht Art. 280 OR., Verlagsvertrag Art. 381 OR.), und endlich gibt es Vorschriften die ausdrücklich sagen, dass ausserhalb der besonderen Normierung im allgemeinen die Gewährleistungsordnung des Fahrniskaufs Anwendung finden soll (Freiwillige, öffentliche Versteigerung Art. 234 Abs. 3 OR., Werkvertrag Art. 365 Abs. 1. OR. und Werkmängelverjährung Art. 371 OR., Gesellschaftsbeitrag Art. 531 Abs. 2 OR. und endlich Miterbenhaftung Art. 637 ZGB.).

Der Gesetzgeber lässt also nach Art. 637 Abs. 1 ZGB. die Miterben nach Abschluss der Teilung einander wie Käufer und Verkäufer haften, oder, wie der französische Text besser sagt, nach den Regeln des Kaufvertrags [79]). Demnach rechnet er die Erbteilung zu den entgeltlichen Verträgen. Für die Verteilung der Vermögen der andern Gesamthandsgemeinschaften gilt das Gleiche; die ausdrückliche Erwähnung, dass die Kaufsregeln bei der Miterbenhaftung angewendet werden müssen, geschah offenbar nur wegen der in Abs. 2 nachfolgenden eigenen Regelung der Forderungsgewährleistung [80]); ob diese wiederum auf die Gemeinschaftsteilung im allge-

78) Von Tuhrs Kritik dazu in SJZ. 18 S. 387.

79) Vgl. Curti-Forrer, Art. 637 Anm. 5.

80) Die Forderungsgewährleistung nach Art. 171 ff. OR. würde dem Zwecke der Gewährleistung unter den Miterben und unter den Teilhabern eines Gesamthandsvermögens überhaupt nicht gerecht. Vgl. 6. Kap.

meinen anzuwenden sei, wird später noch untersucht werden [81]).

Der Sinn und Geist unseres Privatrechts verlangt die Anwendung der Kaufgewährleistungsnormen auf die Verteilung aller gemeinschaftlichen Vermögen, auch wenn es sie nicht ausdrücklich vorschreibt. Die Vorschrift bei der Erbschaftsteilung soll lediglich ein Beispiel dafür sein, da die Erbteilung die wichtigste Gemeinschaftsteilung ist. Alle Kommentare sind darüber einig, dass die Teilhaber bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens einander nach Analogie der Kaufgewährleistungsregeln der Art. 192 bis 21o OR. haften müssen [82]).

B. Besteht eine Gewährleistungspflicht beim Kauf als der entgeltichen Veräusserung einer Sache, dann auch bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens, denn der Erwerb des Anteils, der sich ganz oder teilweise aus solchen Sachen zusammensetzt, erfolgt gegen die Aufgabe des entsprechenden Rechts am Gemeinschaftsvermögen [83]).

Die Gewährleistungspflicht erstreckt sich auf alle Sachen, die

---

81) 6. Kap. B. I.

82) Haab, Art. 651 Bem. II. 2. a: Hinsichtlich der Gewährleistung gelten die Art. 192 ff. OR.

Wieland, Art. 651 Anm. 6: Die Mitglieder sind sich gegenseitig für tatsächliche und rechtliche Mängel gewährleistungspflichtig . . . . . Die Bestimmungen betreffend Kauf finden entsprechende Anwendung.

Gmür, Art. 651 Anm. IV. S. 87.

Leemann, Art. 654 N. 8 bezw. Art. 651 N. 27: . . . sowohl bei gerichtlicher wie bei aussergerichtlicher Teilung für Mängel im Rechte sowie für tatsächliche Mängel der Sachen Gewähr zu leisten. . . . Entscheidend ist, dass hier durchwegs ein Veräusserungsgeschäft vorliegt, auch wenn ein Zwang hiezu ausgeübt wird.

Becker, Vorbem. Art. 197 / 21o N. 5: Analoge Anwendung . . . . .

Siegwart, Art. 548 / 5o N. 42: Auf die Gewährleistung sind, wie bei der Einbringung, die Regeln über den Kaufvertrag analog anzuwenden.

83) Vgl. Tuor, Art. 637 Anm. I. 1.

ein Teilhaber bei der Vermögensauseinandersetzung erhält [84]), soweit sie ihm zu seinem Anteil angerechnet werden [85]). Sie besteht bei jeder Gemeinschaftsteilungsart, geschehe die Zuteilung nun auf Grund einer Vereinbarung, einer richterlichen Verfügung oder einer Bestimmung einer andern Drittperson (z. B. des Erblassers) [86]).

I. Gewährleistungspflichtig sind bei der totalen Teilung die Teilhaber einander anteilsmässig für den zugesprochenen Vermögensteil zum angerechneten Wert gegen die Aufgabe der Gesamtberechtigung am Gemeinschaftsvermögen. So wird nur die Gleichheit der Anteile gewährleistet, wie sie zur Zeit der Teilung besteht [87]).

II. Ist also bei der totalen Teilung jeder Teilhaber zu seinem Anteil gegenüber allen andern Gemeinschaftern gewährleistungspflichtig und ist er, wie aus dieser Pflicht folgt, diesen gegenüber zu deren Quote für seinen Anteil umgekehrt auch gewährleistungsberechtigt, so ist dementsprechend bei der subjektiv partiellen Teilung die Gemeinschaft der übrigbleibenden Teilhaber dem ausgeschiedenen gegenüber nicht nur für Mängel der Abfindungsgegenstände gewährleistungspflichtig, sondern auch für Mängel ihres Gemeinschaftsvermögens gewährleistungsberechtigt. Denn auch die Gemeinschaft erwirbt die Gesamtberechtigung des ausscheidenden Teilhabers auf entgeltliche Art, eben gegen den

---

84) Planiol, N. 679: . . . il suffit que la propriété des choses ait appartenu à la masse au temps du partage.

85) Vgl. 8. Kap.

86) Strohal, 2. Band S. 122.

87) Süss schreibt dazu auf S. 115: Eine Leistungspflicht kann hier der rechtlichen Lage nach überhaupt nicht in Frage kommen, da bei der Durchführung der Auseinandersetzung nur eine Teilung stattfindet, durch die den einzelnen Teilhabern etwas zugeteilt wird, ohne dass dadurch eine Leistungspflicht der übrigen begründet würde.

Wert der Abfindungsgegenstände. Gleicherweise ist bei der rein objektiv partiellen Teilung der Teilhaber für Mängel des der Gemeinschaft verbliebenen Vermögens sowie der den andern Gemeinschaftern zugeteilten Gegenstände zu seinem Teil gewährleistungspflichtig. Umgekehrt sind auch ihm die Gemeinschaft und die übrigen Teilhaber für Mängel der ihm zugesprochenen Vermögensgegenstände gewährleistungspflichtig. Die Gewährleistungsverhältnisse scheinen bei der objektiv partiellen Teilung sehr kompliziert zu sein, doch werden wir später sehen, dass gerade hier ein Gewährleistungsanspruch auf viel einfachere Weise erfüllt werden kann als z. B. bei der totalen Teilung [88]). Es genügt vorläufig die Feststellung, dass bei allen diesen drei Arten von Gemeinschaftsteilungen gegenseitig unter den Teilhabern oder unter Teilhabern und Gemeinschaft Gewährleistungspflichten und -rechte entstehen, sowohl für Mängel der den Teilhabern zugeteilten als auch der im Gemeinschaftsvermögen verbliebenen Sachen.

Für alle diese Mängel wären auch Käufer und Verkäufer resp. Tauschende einander gewährleistungspflichtig und -berechtigt. Die Entgeltlichkeit ist beim Kauf, Tausch und bei der Gemeinschaftsteilung der tiefere Grund der Gewährleistung, durch die das Gleichgewicht der beiden gegenseitigen Leistungen herbeigeführt werden soll. Liegt beim Kauf und Tausch aber immer noch ein spekulatives Moment in der Waagschale, so fehlt dies bei der Gemeinschaftsteilung. Hier soll durch die Gewährleistung genau die Gleichheit zwischen aufgegebener Berechtigung am Wert des Gemeinschaftsvermögens und dem Wert der daraus erhaltenen Gegenstände einerseits und die Gleichheit der Wertverhältnisse der Teilhaberanteile andererseits gewahrt werden.

---

88) Vgl. 13. Kap. A.

ZWEITER TEIL

Die von der Kaufsgewährleistung beinahe unverändert anwendbaren Normen über die Voraussetzungen zur Entstehung einer Gewährleistungspflicht.

(Zur besseren Übersichtlichkeit und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird in diesem Teile von einer besonderen Erwähnung der partiellen Teilung und der rein subjektiv totalen Teilung überall abgesehen, wo sich Veränderungen gegenüber der als Gemeinschaftsteilung im engern Sinne betrachteten objektiv und subjektiv totalen Teilung nur soweit ergeben, als sie im 3. Teil noch besonders behandelt werden).

4. Kapitel.

Die Rechtsgewährleistung.

A. Unter Rechtsgewährleistung versteht man die Haftung des entgeltlich Veräussernden dem Übelnehmer dafür, dass nicht ein Dritter dem Übernehmer nach Erfüllung der Veräusserung durch Übergabe der Sache seitens des Veräusserers, diesen Gegenstand abstreitet und wegnimmt, den Übernehmer also entwehrt, oder doch ein subjektives Recht daran geltend macht, das eine Schmälerung des Eigentums bedeutet [1]).

B. Die Anwendbarkeit der Rechtsgewährleistungsregeln der Art. 192 bis 196 OR. ist schon im Kaufrecht nicht bedeutend [2]), da der Kläger in solchen Fällen meistens auch mit andern Klagen zum selben Ziele gelangen kann. Eine kurze Darlegung soll daher zeigen, in welchen Situationen die Gemeinschafter einander für zugeteilte Sachen nach den Regeln der Art. 192 bis 196 OR. haften, und wo andere Normen Platz greifen:

I. Art. 933 ZGB. schützt den Käufer, der vom Verkäufer eine diesem anvertraute bewegliche Sache in gutem Glauben mit Besitzesübergang in sein Eigentum erwirbt. Der hier sowie in den Art. 935 (Geld- und Inhaberpapiere) und 973 ZGB. (Grundstücke) geforderte gute Glaube wird beim Teilhaber zwar seltener vorhanden sein als beim Käufer, er ist aber möglich, insbesondere dort, wo erst im Liquidationsstadium noch Sachen in das gemeinschaftliche Vermögen gelangten. Der Übernehmer kann sich jedoch hier nicht auf seine Gutgläubigkeit berufen, da er als Teilhaber gegenüber dem be-

1) Vgl. Guhl, Definition der Rechtsgewährleistung beim Kauf. Obligationenrecht § 42 I.

2) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 192 N. 6.

rechtigten Dritten rückgabepflichtig bleibt [3]), sodass die übrigen Gemeinschafter ihm gemäss Art. 192 - 196 haften. Bei bösem Glauben muss gemäss Art. 936 ZGB. die Sache vom Teilhaber an den früheren Besitzer herausgegeben werden; eine Gewährleistungspflicht besteht hier nur, wenn die übrigen Teilhaber sich ausdrücklich dazu verpflichtet haben (Art. 192 Abs. 2 OR.). Der Teilhaber hat ferner noch einen Gewährleistungsanspruch im Falle des Art. 934 ZGB., wenn die zugeteilte Sache dem Drittansprecher vor weniger als fünf Jahren wider seinen Willen abhanden gekommen war und für mangelndes Recht bei der Zuteilung unkörperlicher Sachen [4]).

II. Die Art. 192 bis 196 OR. regeln die Gewährleistung nur für solche Rechtsmängel, die zum ganzen oder teilweisen Entzug der Sache führen (Art. 192 Abs. 1 OR.) oder den Entzug doch in sichere Aussicht stellen (Art. 194 Abs. 2 OR.) [5]). Die teilweise Entwehrung kann nur in der Beschränkung des Eigentums durch ein subjektives Recht eines Dritten (z. B. Nutzniessungsrecht, Pfandrecht) bestehen, nicht etwa in einer objektivrechtlichen Beschränkung (Seuchensperre über zugeteiltes Vieh, öffentlichrechtliche Belastung); diese sind nur rechtliche Eigenschaften der Sache im Sinne von Art. 197 OR. (rechtliche Mängel), jene aber sind rechtliche Verhältnisse nach Art. 192 OR. (Rechtsmängel) [6]). Dieser Unterscheidung kommt bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens keine so grosse Bedeutung zu wie beim Kauf, da hier der Gewährleistungsanspruch für Rechtsmängel in weitaus den meisten Fällen derselbe ist wie derjenige für Sachmängel [7]).

---

3) Vgl. Siegwart, Art. 548 / 50 N. 42 bei der einfachen Gesellschaft und Becker, Art. 192 N. 6 bei der Erbengemeinschaft.
4) Vgl. 6. Kap.; Oser-Schönenberger, Art. 192 N. 6.
5) Oser-Schönenberger, Art. 192 N. 5.
6) Oser-Schönenberger, Art. 192 N. 4 und 9.
7) Vgl. 12. Kap.

III. Eine weitere Voraussetzung der Gewährleistungspflicht für Rechtsmängel ist sodann die bereits vollzogene Übergabe der Sache, ein früherer Entzug macht die Erfüllung unmöglich, und es finden dabei die Art. 97 ff. OR. Anwendung. Zudem muss der Rechtsmangel schon zur Zeit der Vereinbarung unter den Teilhabern oder der Verfügung eines Dritten, auf Grund deren die Zuteilung vorgenommen wird, vorhanden gewesen sein; bestellen die Gemeinschafter z.B. nach dem Abschluss des Teilungsvertrages aber vor der Übergabe noch ein dingliches Recht an der Sache, so haften sie ebenfalls nach Art. 97 ff. OR. [8]). Kennt der übernehmende Teilhaber zur Zeit der Vertragsabschlusses die Entwehrungsgefahr, so haften ihm die übrigen Gemeinschafter nur, wenn sie sich ausdrücklich dazu verpflichtet haben (Art. 192 Abs. 2 OR.). Die Gewährleistungspflicht kann auch ganz oder teilweise wegbedungen werden, doch zieht die absichtliche Täuschung des Übernehmers durch Verschweigen des Rechts eines Dritten die Ungültigkeit dieser Wegbedingung nach sich (Abs. 3).

C. Macht nun ein Dritter ein Recht an der zugeteilten Sache geltend, für das die übrigen Gemeinschafter einzustehen haben, so tut der Übernehmer gut, wenn er sich verteidigt und den andern Gemeinschaftern den Streit verkündet, damit sie ihm beistehen; das Prozessurteil wirkt dann eo ipso auch gegen diese. Beteiligen sie sich aber nicht am Prozesse, so sind sie dem Urteil dennoch unterworfen, falls sie nicht beweisen können, dass der Übernehmer das ungünstige Prozessergebnis durch böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit verschuldet habe (Art. 193 Abs. 1 und 2 OR.). Unterblieb die Streitverkündigung ohne Veranlassung der gewährleistungspflichtigen Gemeinschafter, so können sie bewei-

8) Vgl. oben, 1. Kap. Fussnoten 7 und 8.

sen, dass ohne diese Unterlassung das Prozessergebnis für sie günstiger ausgefallen wäre (Art. 193 Abs. 3 OR.). Die Gewährleistungspflicht besteht sogar ohne richterliche Entscheidung falls der Übernehmer in guten Treuen das Recht des Dritten anerkannt oder sich einem Schiedsgericht unterworfen hat, nachdem er die Anerkennung oder die Unterwerfung unter ein Schiedsgericht den übrigen Teilhabern angedroht hatte (Art. 194 Abs. 1 OR.). In guten Treuen kann er das Recht des Dritten anerkennen, wenn er von seinem Bestehen nach sorgfältiger Prüfung der Tat- und Rechtsfragen überzeugt ist. In schwierigeren Fällen wird der Beizug eines Rechtskundigen unerlässlich sein [9]). Endlich hat der Übernehmer sogar bei Unterlassung der Streitverkündigung, Prozessführung und Anzeige an die Gemeinschafter doch einen Gewährleistungsanspruch an sie, sofern er beweisen kann, dass er zur Herausgabe der Sache in Anerkennung des Entwehrungsrechts des Dritten rechtlich verpflichtet war (Art. 194 Abs. 2 OR.) [10]).

D. Die Gewährleistungspflicht für Rechtsmängel erlischt durch Klageverjährung gemäss Art. 127 OR. [11]), durch Vereinigung (wenn z. B. von zwei Miterben der eine Alleinerbe des andern wird) oder durch Verzicht des Drittansprechers. Ob sie auch mit dem Untergang der Sache oder überhaupt mit der Unmöglichkeit der Erfüllung dahinfalle, ist streitig [12]).

---

9) Vgl. Becker, Art. 194 N. 1; Oser-Schönenberger, Art. 194 N. 2.

10) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 192 N. 5.

11) Vgl. Tuor, Art. 637 N. 1o.

12) Nach Oser-Schönenberger, Art. 192 N. 23, kommt die Gewährleistungspflicht nicht zur Entstehung; nach Becker, Art. 192 N. 19 und 23, aber wohl, da in der Veräusserung eine stillschweigende Zusage der Existenz des veräusserten Rechts liege, die Art. 171 / 173 OR. fänden demnach nicht nur auf die Abtretung von Forderungen, sondern auch auf die Abtretung nichtiger Patente und Aktien Anwendung.

Meines Erachtens aber ist ein Gewährleistungsanspruch in diesem Falle, wenn nicht beim Kauf, so doch zweifellos bei der Gemeinschaftsteilung gegeben, wenn hier doch die Gewährleistung auf die Ausgleichung von Verhältnisstörungen unter den Anteilen der Teilhaber geht [13]), und wenn man schon bei der Rechtsmängelhaftung die aus der Erfüllungspflicht wachsende Ersatzpflicht Gewährleistungspflicht nennt [14]). Derselbe Gewährleistungsanspruch besteht auch nach Art. 207 Abs. 1 OR. [15]) für Sachmängel, und beide treffen sich in der durch den Anrechnungswert bestimmten Höhe.

---

13) Vgl. 8. Kap.

14) Vgl. 1. Kap. Fussnote 6.

15) Vgl. 10. Kap. B.

5. Kapitel.

Die Gewährleistung für Sachmängel.

Die Normierung der Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf (Art. 197, 199 ff. und 203 f. OR.) ist bei der Vermögensverteilung analog anwendbar [16]).

A. 1. Art. 197 OR. Demnach haften die Teilhaber einander anteilsmässig für zugesicherte Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel [17]) habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern unter der Voraussetzung, dass infolge dieser Mängel der Anrechnungswert nicht mehr erreicht wird. Die Nichtkenntnis der Mängel schliesst die Haftbarkeit der übrigen Teilhaber dem übernehmenden gegenüber nicht aus.

2. a. Für die "Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch" des Art. 197 OR. sind die Teilhaber unter Umständen also auch gewährleistungspflichtig, insofern sie bei der Zuteilung den Anrechnungswert über den wirklichen Wert der Sache erhöhten [18]), weil sie die Sache als noch voll gebrauchsfähig ansahen oder weil einer von ihnen sie zu einem speziellen Gebrauch übernehmen wollte [19]). Andererseits ist selbst eine

16) Vgl. Escher, Art. 637 Anm. 2. b.

17) Rechtliche und körperliche Mängel "sind in den meisten Fällen nur deshalb als Mängel zu betrachten, weil sie den wirtschaftlichen Wert der Kaufsache beeinträchtigen." Es können also auch wirtschaftliche Eigenschaften Mängel im Sinne von Art. 197 OR. bilden gemäss BGE. 45 II S. 445.

18) Vgl. 8. Kap.

19) BGE. 26 II S. 746 f.: Diese Haftbarkeit des Verkäufers ist nun freilich nicht so zu verstehen, dass es einfach auf den auf Seite des Käufers vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache ankomme, und demgemäss schlechthin entscheidend sei, zu welchem Zwecke der Käu-

vom Übernehmer ausdrücklich erklärte Gebrauchsvoraussetzung unerheblich, wenn die übrigen Teilhaber nicht darauf eingehen [20]). Der Übernehmer wird also beweisen müssen, dass bei der Bestimmung des Anrechnungwerts der Sache ein höherer Gebrauchswert gegeben wurde, als sie wirklich besitzt.

b. Um die Nichtübereinstimmung zwischen dem wirklichen Wert des Anteils und seinem Anrechnungswert feststellen zu können, muss der Sachmangel ein erheblicher sein, sodass bei dessen Kenntnis der Teilhaber die Sache nicht oder nur zu einem niedrigeren Anrechnungswert übernommen hätte [21]). Bei kleineren Mängeln haften ihm die übrigen Teilhaber nur, wenn sie arglistig handelten oder eine besondere Zusicherung gegeben hatten.

c. Die Zusicherung kann sich auch positiv auf irgendwelche Eigenschaften beziehen, die im Sinne der Verkehrsauffassung nicht wesentlich zu sein brauchen [22]), (ein Teilhaber übernimmt z. B. eine Antiquitätensammlung und muss sie sich hoch anrechnen lassen, weil ihm die andern versichern, sie habe einen grossen Liebhaberwert). Die Zusicherung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen und hat eine Annahme seitens des Übernehmers nicht nötig.

---

fer die Sache erworben habe. Vielmehr handelt es sich auch hier um nichts weiteres, als um die Pflicht des Verkäufers, den Kauf getreu einer redlichen Vertragsmeinung zu erfüllen, also die Sache zu dem vertragsmässig vorausgesetzten Gebrauche geeignet zu übergeben. Welcher Gebrauch als vertragsmässig vorausgesetzt werden könne, muss sich, abgesehen von besonderen Beredungen der Kontrahenten, aus den Umständen und der Natur des fraglichen Geschäftes ergeben. Vgl. ferner Oser-Schönenberger, Art. 197 N. 11.

20) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 197 N. 11.

21) Vgl. Becker, Art. 197 N. 6.

22) Vgl. Becker, Art. 197 N. 9 und 10.

d. Die Haftung für unbekannte Mängel erscheint bei der Gemeinschaftsteilung ganz besonders gerechtfertigt; nur duch sie wird es möglich, dass z. B. bei der Erbteilung, wo die Erben die Erbschaftssachen nicht näher kennen, für die sie einander gewährleistungspflichtig sind, auch wirklich nach Treu und Glauben jeder Teilhaber seinen Anteil erhält. Ohne die Haftung für unbekannte Mängel wäre die Gewährleistung schliesslich keine Gewährleistung mehr, d. h. es würde durch sie nicht mehr der ausserhalb der Erfülung liegende Ausgleich der Parteiinteressen herbeigeführt.

B. 1. Art. 199 OR. Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn dem Übernehmer von den übrigen Teilhabern Gewährsmängel arglistig verschwiegen wurden.

2. Im Zweifel sind Vereinbarungen über Aufhebung und Beschränkung der Gewährleistungspflicht, da sie von der Regel eine Ausnahme bilden, einschränkend auszulegen [23]). Das arglistige Verschweigen eines Teilhabers schadet m. E. denjenigen nichts, die nicht arglistig handelten, die vielleicht überzeugt waren, dass der Mangel dem Übernehmer bekannt sei und er trotzdem der allgemeinen Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht zugestimmt habe.

C. 1. Art. 2oo OR. Die Teilhaber haften dem Übernehmer nicht für Mängel, die dieser zur Zeit der Teilung gekannt hat. Für Mängel, die er bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, haften sie nur dann, wenn sie deren Nichtvorhandensein zugesichert haben.

2. Die Mängelkenntnis zur Zeit der Teilung wird sich meistens in einem relativ geringen Anrechnungswert äussern.

---

23) Becker, Art. 199 N. 4.

Der Übernehmer verliert ohne besondere Zusicherung seinen Gewährleistungsanspruch für Mängel, die er aus "grobfahrlässiger Ausserachtlassung der Diligenzpflicht" [24]) nicht kennt. Zur Erfüllung der Diligenzpflicht kann hier wie beim Kauf je nach den obwaltenden Umständen mehr oder weniger verlangt werden. Genügt ihr aber der Übernehmer in grobfahrlässiger Weise nicht und lässt er dementsprechend sich auch nichts zusichern, so zeigt er damit seine Interesselosigkeit an der zugeteilten Sache, und es besteht keine Gewährleistungspflicht der übrigen Teilhaber, da die Interessen des Übernehmers durch die Mängel nicht verletzt sind. Nur wenn das sorglose Verhalten durch Arglist der übrigen Teilhaber hervorgerufen wurde, sind sie dennoch gewährleistungspflichtig.

D. 1. Art. 201 OR. Der Übernehmer soll, sobald es tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben für die die übrigen Teilhaber Gewähr zu leisten haben, an diese sofort Anzeige machen. Versäumt dies der Übernehmer, so gilt die zugeteilte Sache als ihrem Anrechnungswert entsprechend genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren. Ergeben sich später solche Mängel, so muss die Anzeige sofort nach deren Entdeckung erfolgen, widrigenfalls die Sache auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.

2. Die Rügepflicht [25]) ist keine Verpflichtung im Rechtssinne, sondern nur eine indirekte Verpflichtung, die der Übernehmer erfüllen muss, wenn er seiner Gewährleistungsansprüche nicht verlustig werden will. Ferner genügt er an und

24) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 200 N. 3.
25) Vgl. Curti-Forrer, Art. 637 Anm. 5.

für sich dieser Rügepflicht mit der Anzeige; die Untersuchung gibt ihr der Natur der Sache nach aber ihre Begründung zur Geltendmachung der darauf gestützten Ansprüche [26]).

a. Aus Abs. 1 geht hervor, dass der Übernehmer die zugeteilte Sache erst zu prüfen hat, wenn sie ihm übergeben ist. Beim Kauf ist das leicht verständlich, bei der Gemeinschaftsteilung aber speziell da, wo der Übernehmer, trotzdem er Gesamteigentümer war, die übernommene Sache bisher nicht näher kannte. Die Untersuchung kann nach Vereinbarung unter den Teilhabern auch durch einen Dritten erfolgen [27]). Der Zeitpunkt ihrer Vornahme (beim Kauf der übliche Geschäftsgang) hängt von mancherlei Umständen ab, selbstverständlich braucht er sich hier nicht nach kaufmännischen Gewohnheiten zu richten. Die Prüfung ist einfach sobald als möglich vorzunehmen, und bei den speziellen Verhältnissen, unter denen die Gemeinschaftsteilung erfolgen kann, ist wohl von Fall zu Fall abzuwägen, ob nicht auch zufällig mit der Person des Übernehmers verbundene Umstände (Abwesenheit etc.) ein Hinausschieben der Untersuchung rechtfertigen [28]). Dies auch deshalb, weil die übrigen Gemeinschafter nicht in der gleichen Lage sind wie viele Verkäufer, denen vielleicht durch langes Zuwarten des Käufers andere günstige Verkaufsgelegenheiten entgehen. Die ordentliche Untersuchung geht zu Lasten des Übernehmers [29]).

b. Werden bei Vornahme dieser nach den Umständen gebotenen Prüfung Mängel offenbar, die bei der Ansetzung

26) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 201 N. 4 und 5; Gsell, S. 15 f.
27) Oser-Schönenberger, Art. 201 N. 8; Becker, Art. 201 N. 6.
28) Im Gegensatz zum Kauf. Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 201 N. 24.
29) Vgl. aber 10. Kap., die Untersuchungskosten werden von allen Teilhabern gemeinsam getragen, wenn sie ausserordentlich gross sind oder wenn der Übernehmer als Käufer hätte Wandelung verlangen können.

des Anrechnungswertes nicht berücksichtigt wurden, oder zeigen sich erst später solche, die bei der Prüfung noch nicht erkennbar waren, so muss der Übernehmer oder sein Vertreter sofort die Mängelanzeige an die übrigen Teilhaber senden oder an ihren Vertreter, sofern sie einen zu deren Annahme beauftragt haben [30]). Sind mehrere gewährleistungspflichtige Teilhaber vorhanden, so genügt m. E. die Mängelanzeige an die meistberechtigten oder an einen Teilhaber, von dem zu erwarten ist, dass er die Mitteilung auch an die andern richten werde [31]).

c. Die Teilhaber können durch Vereinbarung die Rügefrist beseitigen, verlängern oder abkürzen unter Vorbehalt der in Art. 2o3 OR. enthaltenen Ausnahme, sonst aber verjährt sie nach Art. 21o Abs. 2 OR. mit Ablauf eines Jahres. Wird die Mängelrüge also unterlassen oder zu spät erlassen [32]), so wird die Sache als genehmigt angesehen, wiederum unter Vorbehalt des Art. 2o3 OR. Erfolgt sie aber rechtzeitig, so hat der Übernehmer einen Gewährleistungsanspruch analog demjenigen des Käufers nach Art. 2o5 ff. OR., wie in den spätern Kapiteln 8 bis 13 erläutert wird.

E. Art. 2o3 OR. Wurde der Übernehmer von den übrigen Teilhabern durch absichtliche Täuschung zur Unterlassung oder Versäumung der Untersuchung und Rüge veranlasst, so wird deshalb die Gewährleistung nicht beschränkt [33]).

F. Art. 2o4 OR. handelt über die Aufbewahrungs- und Mängelfeststellungspflicht und über den Notverkauf einer

---

30) Oser-Schönenberger, Art. 2o1 N. 33/34; Becker, Art. 2o1 N. 22-24.

31) Vgl. Gsell, S. 63 f.

32) Vgl. BGE. 38 II S. 547: Für die Frage der Rechtzeitigkeit ist der Zeitpunkt entscheidend, in dem der Übernehmer die volle Verfügungs- und Prüfungsmöglichkeit erhält.

33) Vgl. aber 13. Kap. B.

Distanzsendung, deren Annahme der Käufer verweigert, für die er Wandelung oder Nachlieferung währhafter Ware verlangen will[34]). Meines Erachtens ist Art. 204 OR. bei der Gemeinschaftsteilung insofern anwendbar, als durch ihn der Übernehmer einer mangelhaften Sache, wenn auch eine Wandelung unwahrscheinlich ist, trotzdem verpflichtet wird, die Interessen der übrigen Teilhaber bei ihrer Schadenersatzverpflichtung zu achten.

1. Abs. 1. Distanzsendung ist die faktische Übersendung einer Sache an den Übernehmer von einem andern Ort, ob dies bei Vertragsabschluss vorgesehen war oder nicht, ob Ablieferungsort und Erfüllungsort zusammenfallen oder nicht[35]). Die übrigen Teilhaber haben keinen Vertreter am Ablieferungsort. Der Übernehmer beanstandet die Sache in einem Masse, dass er als Käufer Wandelung oder Nachlieferung währhafter Ware verlangen würde, d. h. dass er in den Teilungsvertrag nicht eingewilligt hätte, wenn ihm das Missverhältnis zwischen dem wirklichen Wert der Sache und ihrem Anrechnungswert bekannt gewesen wäre. Selbstverständlich kann er sie nun nicht einfach an ihren Herkunftsort zurücksenden, sondern muss sie vorläufig aufbewahren, bis die übrigen Teilhaber in der Lage sind, ihren wirklichen Zustand kennen zu lernen, damit sie darnach wissen, wie weit ein Schadenersatz- oder eventuell sogar ein Wandelungsanspruch des Übernehmers gerechtfertigt ist, weil die Beweislast für richtige Lieferung die Versender trifft[36]).

2. Abs. 2. Der Übernehmer soll den Tatbestand ohne Verzug feststellen lassen. Dies kann geschehen durch gerichtlichen Augenschein oder auf eine andere beweisbare Art,

34) Oser-Schönenberger, Art. 204 N. 3; Becker, Art. 204 N. 13.
35) Vgl. Becker, Art. 204 N. 1; Jäger, S. 65.
36) BGE. 34 II S. 304.

die Garantie für die Zuverlässigkeit der Prüfung bietet [37]). Unterlässt er diese Feststellung, so muss er später den übrigen Teilhabern beweisen, dass er die Sache im behaupteten Zustand empfangen habe. Bei einer Mehrzahl mangelhafter, gleichartiger Objekte genügt die Tatbestandsfeststellung bezüglich einer angemessenen Anzahl [38]).

3. Abs. 3. Ist die übersandte Sache durch schnelle Verderbnis gefährdet, so wird der Übernehmer berechtigt und, soweit die Interessen der übrigen Gemeinschafter es erfordern, verpflichtet, sie unter Mitwirkung der zuständigen Amtsstelle des Ortes, wo sich die Sache befindet, verkaufen zu lassen. Er hat aber bei Vermeidung von Schadenersatz die übrigen Teilhaber so zeitig als tunlich hievon zu benachrichtigen.

Auch der Übernehmer bei der Gemeinschaftsteilung hat also m. E. unter Umständen [39]) den Notverkauf zu tätigen wie ein Käufer, obwohl es beim Kauf viel leichter zur Wandelung kommen wird als hier. Er darf aber die Sache, wenn er sie im Ablieferungszustand nicht gebrauchen kann, nicht verderben lassen in der Absicht, so eher einen Anspruch auf die ganze Höhe ihres Anrechnungswertes zu erhalten. Die gewährleistungspflichtigen Teilhaber haften ihm dann noch anteilsmässig für die Differenz zwischen dem Anrechnungswert und dem Erlös aus dem Notverkauf und für die ihm aus Aufbewahrung, Notverkauf und Mangelfeststellung erwachsenen Unkosten [40]). Kommt es dann aber doch noch zur Wandelung, so fällt auch der Notverkaufserlös an alle Teilhaber zurück, denn die Veräusserung erfolgte in diesem Falle auf ihre Rechnung [41]).

---

37) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 204 N. 13; Becker, Art. 204 N. 11.
38) BGE. 34 II. S. 707.
39) Vgl. Becker, Art. 204 N. 16.
40) Vgl. oben, Fussnote 29.
41) Vgl. Becker, Art. 204 N. 18.

G. 1. Art. 210 OR. Die Klagen des Übernehmers gegen die andern Teilhaber verjähren wie die entsprechende Klage eines Käufers mit Ablauf eines Jahres nach der Ablieferung [42]) an den Übernehmer, selbst wenn dieser den Mangel erst später entdeckt, es sei denn, dass die übrigen Gemeinschafter eine Haftung auf längere Zeit übernommen haben. Die Einreden des Übernehmers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige [43]) an die übrigen Teilhaber gemacht worden ist. Die mit Ablauf eines Jahres eintretende Verjährung kann ein Teilhaber nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Übernehmers nachgewiesen wird.

2. Die einjährige Gewährleistungsfrist für Sachmängel des Kaufs, im Gegensatz zur gewöhnlichen zehn- und fünfjährigen, ist auch auf die Gemeinschaftsteilung anzuwenden [44]). Wenn sie schon in erster Linie mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit beim Kauf so kurz bemessen wurde [45]), so wäre es für die gewährleistungspflichtigen Teilhaber doch drückend, zehn Jahre lang in Unsicherheit zu schweben, zumal da ein Sachmangel hier nicht später in Erscheinung tritt als beim Kauf und bei absichtlicher Täuschung die Haftung ohnehin weiterbesteht.

3. Es handelt sich hier um eine wirkliche Verjährung, die der Hemmung und Unterbrechung fähig ist [46]); sie muss aber von der Partei, die sich auf sie beruft, geltend gemacht und bewiesen werden [47]). Sie kann verlängert werden; unter Um-

42) Anderer Ansicht Annen, S. 120 ff.; vgl. 6. Kap. D. 3.
43) Vgl. oben, D. 2. c.
44) Vgl. Curti-Forrer, Art. 637 Anm. 5 und 15.
45) Jäger, S. 129.
46) Oser-Schönenberger, Art. 210 N. 2; Becker, Art. 210 N. 1.
47) Art. 142 OR.; vgl. Jäger, S. 129.

ständen bedeutet die Vereinbarung einer Garantiefrist schon deren Verlängerung [48]). Die Verjährungsfrist beginnt nicht schon mit dem Abschluss des Teilungsvertrages oder der Zuteilung, weil die Teilhaber damit ihre Anteile noch nicht unbedingt in ihren Händen haben [49]); sie beginnt aber auch nicht erst mit dem Ablauf der Rügefrist. Die rechtzeitig erhobene Mängelrüge schützt nicht vor der Verjährung, und ist sie schon verspätet, so muss die Gewährleistungsklage nicht wegen Verjährung, sondern wegen Nichterfüllung der Pflichten aus Art. 201 OR. abgewiesen werden. Übernimmt der Teilhaber nicht alle Anteilsstücke gleichzeitig, so beginnt die Verjährungsfrist getrennt mit der Übernahme der einzelnen Sachen. Die einjährige Verjährungsfrist gilt in gleicher Weise auch für heimliche Mängel, selbst sie können nach späterer Entdeckung nicht mehr geltend gemacht werden, wenn den Teilhabern nicht absichtliche Täuschung nachgewiesen werden kann.

---

48) Oser-Schönenberger, Art. 210 N. 6; Becker, Art. 210 N. 2.
49) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 210 N. 4; Becker, Art. 210 N. 3.

6. Kapitel.

Die Forderungsgewährleistung.

A. I. Das Obligationenrecht behandelt die Gewährleistung für entgeltlich abgetretene Forderungen in den Art. 171 Abs. 1 und 2, 172 und 173. Darnach haftet der Abtretende nur für den Bestand (Verität) der Forderung zur Zeit der Abtretung, nicht aber für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (Bonität), ausser er habe sich dazu verpflichtet. Erfolgte hingegen die Abtretung zum Zwecke der Zahlung ohne Bestimmung des Betrages, zu dem sie angerechnet werden soll (also nicht an Zahlungsstatt sondern zahlungshalber), so muss der Erwerber sich nur diejenige Summe anrechnen lassen, die er vom Schuldner erhält, oder bei gehöriger Sorgfalt erhalten könnte. Der Abtretende haftet vermöge der Gewährleistung nur für den empfangenen Gegenwert nebst Zinsen und überdies für die Kosten der Abtretung und des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner. Geht eine Forderung von Gesetzes wegen auf einen andern über, so haftet der bisherige Gläubiger weder für den Bestand der Forderung noch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

II. Demgegenüber erfährt die Miterbengewährleistung für zugeteilte Forderungen eine Verschärfung [50]), indem nach Art. 637 Abs. 2 ZGB. die Erben einander nicht nur für die Verität sondern, soweit es sich nicht um Wertpapiere mit Kurswert handelt, auch für die Zahlungsfähigkeit des Forderungsschuldners im angerechneten Forderungsbetrag wie einfache Bürgen haften [51]).

50) Erst seit 1900; in der Vorlage für die kleinere Departemental-Kommission vom April 1900 lautete der damalige Art. 677 Abs. 1 nur: "Nach Abschluss des Teilungsvertrages haften sich die Miterben wechselseitig für die Erbschaftssachen wie Käufer und Verkäufer." Von zugewiesenen Forderungen war noch nicht die Rede.

51) Im deutschen BGB. ist die Gewährleistungsverpflichtung der Mit-

B. 1. Es stellt sich nun die Frage, ob diese verschärfte Haftung der Miterben nicht auf alle ihr gemeinschaftliches Vermögen teilende Gemeinschafter auszudehnen sei, oder ob diese einander nur wie Zedenten im Sinne von Art. 171 Abs. 1 und 2 OR. gewährleistungspflichtig seien. Meines Erachtens ist das Erstere in Erwägung der im Folgenden angeführten Gründe zu bejahen:

1. Die Erbengemeinschaft ist nur eine Sonderart der Gemeinschaften zur gesamten Hand, die von der Gesetzgebung wegen ihrer Wichtigkeit eingehender behandelt wird. Insbesondere hat die Teilung der Erbschaft eine Bedeutung, die die Teilung der übrigen Gemeinschaftsvermögen weit überragt. Doch können alle Beweggründe, die den Gesetzgeber zur Forderungsgewährleistung des Art. 637 Abs. 2 ZGB. geführt haben, bei den andern Gesamthandsverhältnissen gleichermassen vorhanden sein wie bei der Erbengemeinschaft: die Teilung ihres Vermögens hat ebenso wenig spekulativen Charakter wie jene des Erbenvermögens; hier wie dort hat die Gewährleistung das gleiche Ziel, jedem Teilhaber wirklich seinen Anteil am Gemeinschaftsvermögen zukommen zu lassen. Wenn z. B. das Gemeinderschaftgut nichts anderes ist als das weiterbestehende Erbenvermögen, so gibt es keinen Grund, weshalb dann die Gemeinder bei der Auseinandersetzung ihres Gemeinschaftsvermögens einander nicht auch wie Erben für die Einbringlichkeit von Forderungen haften sollen.

2. Wird durch die Abtretung einer Forderung zum Zwekke der Zahlung eine bestehende Schuld des Zedenten ge-

---

erben dieselbe wie jene der Teilhaber der andern Gemeinschaften. Vgl. §§ 757 und 2042. Die Miterben müssen einander so wenig wie die Teilhaber anderer Gemeinschaften für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zugewiesener Forderungen haften. Vgl. auch Eck, S. 562 Fussnote 1.

tilgt, beim Forderungskauf aber eine Forderung des Zedenten, die Kaufpreisforderung, begründet [52]), so ist die Zuteilung einer Forderung an einen Teilhaber eine Abtretung zum Zwecke der Zahlung; denn dadurch wird die Schuld der Gemeinschaft getilgt, die in dem Entgelt für die Aufgabe der Mitberechtigung des übernehmenden Teilhabers am Gemeinschaftsvermögen besteht. Sobald ein Auflösungsgrund vorliegt, hat der Teilhaber einen Anspruch auf Verabfolgung seines Anteils; ein Anspruch der Gemeinschaft auf die Aufgabe der Gesamtberechtigung kann daher nicht vor den Ansprüchen der einzelnen Teilhaber bestehen, deren Gesamtberechtigung erst untergeht, soweit ihnen ihr Anteil erstattet wird.

Ist die Zuteilung einer Forderung aber eine Abtretung zum Zwecke der Zahlung, so geschieht sie zahlungshalber, denn die Bestimmung eines Anrechnungsbetrages ist nicht unbedingt erforderlich, und die Gemeinschaft befreit sich durch die Zuteilung einer Forderung noch nicht von der alten Forderung, die der übernehmende Teilhaber seit dem Eintritt des Auflösungsgrundes ihr gegenüber hat [53]). Sie wird erst frei wenn die neue, zugeteilte Forderung, durch Realisierung die Gegenforderung des Übernehmers deckt [54]). Bei der gewöhnlichen Abtretung zum Zwecke der Zahlung bewirkt die Angabe des Anrechnungsbetrages den Ausschluss der Haftung

52) Becker, Art. 172 N. 2.

53) Würzburger, S. 722 f.: Bei der Zession zahlungshalber ist ja die alte Forderung, für die eine neue zahlungshalber gegeben wird, nicht erloschen. Erweist sich also die neue Forderung als nicht realisierbar, so wird die Sache einfach so angesehen, als wäre sie nie übertragen worden und der Gläubiger wird nach wie vor seine alte Forderung geltend machen.

54) Bosshard, S. 11: Die Abtretung der Forderung für sich allein führt noch nicht zu dem von den Parteien erstrebten Ziel. Die von den Kontrahenten gewollte Wirkung (Endwirkung) tritt vielmehr erst mit der Zahlung des Drittschuldners ein.

des Zedenten für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, weil der Zessionar durch die Abtretung der neuen Forderung seine Gegenforderung in der für ihn günstigen Höhe des Anrechnungsbetrages als getilgt ansieht und das Risiko für die Bonität der neuen Forderung damit in Kauf nehmen will. Geben aber die Gemeinschafter der Forderung einen Anrechnungswert, so wollen sie damit nur deren Raum im Anteil des sie übernehmenden Teilhabers ausfüllen und ihre Haftungshöhe dafür auf diese Weise bestimmen, um sie vielleicht gegenüber der Haftung für andere Gegenstände abzugrenzen. Ziehen sie dabei auch die mutmassliche Zahlungsfähigkeit des Schuldners in Betracht, so kann das doch nicht den Sinn haben, dass der Übernehmer diese Berücksichtigung wie ein anderer Zessionar regelmässig als genügend ansieht.

Es ist ja auch möglich, dass der Forderung im Anteil bei der Teilung gar kein gesonderter Anrechnungswert gegeben wurde; dann müsste im Haftungsfall noch sein Wert innerhalb des Anteils ermittelt werden um zu wissen, wie hoch die Teilhaber auch für deren Bonität einzustehen haben [55]).
Dass ein Teilhaber, der eine Forderung zu einem Anrechnungsbetrag zugeteilt erhält, das Risiko für deren Bonität allein tragen muss, widerspricht dem eigentümlichen Charakter der Gemeinschaftsteilung: denn stellt diese Forderung z.B. den ganzen Anteil eines Teilhabers dar und bestehen dagegen die Anteile der andern Gemeinschafter aus körperlichen Sachen, so wäre der Teilhaber mit der Forderung den andern für ihre Rechts- und Sachmängel bis zur Höhe ihres Anrechnungsbetrags gewährleistungspflichtig, währenddem der Wert seines ganzen Anteils allein von der Zahlungsfähigkeit seines Schuldners abhangen würde, trotzdem er vielleicht an der Bildung der Anteile kein grosses Wort mitspre-

55) Vgl. 8. Kap. C.

chen konnte. Richtet sich aber die Haftbarkeit nicht nach der Angabe des Anrechnungsbetrages, so wird dem Übernehmer einer Forderung erst auf gerechte Weise gehaftet, indem dann sein Anteil gleich gesichert ist wie die Anteile der übrigen.

3. Art. 171 Abs. 2 OR. spricht davon, dass der Abtretende für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nur hafte, wenn er sich dazu verpflichtet habe. Diese Verpflichtung braucht aber nicht immer ausdrücklich vereinbart zu sein, sondern sie kann sich, weil der Grund der Haftung des Zedenten nicht auf der Abtretung als solcher beruht, auch aus dem der Zession zugrundeliegenden Rechtsverhältnis ergeben [56]). Wenn aber die Teilhaber einander für ihre ganzen Anteile gewährleistungspflichtig sind, und wenn diese Gewährleistungspflicht ihren Grund in dem gerechten Teilungserfolg hat, so begründet dies auch die Haftung der Teilhaber für die Einbringlichkeit der zugewiesenen Forderungen [57]).

II. Haben wir nun gesehen, dass die Ausdehnung der Miterbenhaftung auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners auch für die Teilhaberhaftung bei der Teilung der andern gemeinschaftlichen Vermögen Geltung hat, so stellt sich noch die Frage, ob diese Haftungspflicht die Miterben zu einfachen Bürgen mache oder nicht, mit andern Worten ob Art. 637 Abs. 2 ZGB. eine Bürgschaftsverpflichtung hervorrufe, und

---

56) Becker, Art. 171 N. 1 und 8; Mot. BGB. II. Band S. 125.

57) Vgl. dazu Mot. BGB. II. Band S. 126 unten. Gerade bei der Gemeinschaftsteilung verlangt aber die Rücksicht auf das Verhältnis unter den Teilhabern die Gleichstellung der Gewährleistung bei der Forderungsabtretung und der Sachgewährleistung.
Wie von der Erbengemeinschaft so gilt auch von den andern Gesamthandsverhältnissen: Mais le lien qui a uni et qui ne cesse pas d'unir les héritiers est plus fort que celui qui s'établit entre un cédant et un céssionnaire à titre onéreux. L'idée de l'égalité dans les partages survit à la consommation même du partage (Rossel et Mentha, N. 1182 S. 283).

wie sich die Haftung der Teilhaber anderer Gemeinschaftsarten dazu verhält.

1. Art. 637 Abs. 2 ZGB. schafft unter den Miterben keine gesetzlich festgesetzte Bürgschaftsverpflichtung, wie man leicht annehmen möchte [58]), er lässt die Miterben also nicht über die spezifische Gemeinschaftsteilungs-Gewährleistung hinaus haften, denn er sagt ja nur: haften einander . . . wie einfache Bürgen [59]). Sie haften einander also nicht als Nebenschuldner in fremdem Namen, sondern immer noch als Schuldverpflichtete wegen des der Zession zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses [60]). Würden die Miterben wirklich Bürgen, so enthielte Art. 637 ZGB. einen Widerspruch, da ein Bürge nur für Bonität der Forderung einstehen kann, bei mangelnder Verität aber frei wird (Art. 492 Abs. 1 und 2 OR.), Art. 637 Abs. 2 ZGB. den Miterben aber auch noch für letztere haften lässt. Der Gesetzgeber wollte hier die Gewährleistungspflicht der einfachen Bürgschaft nur insoweit gleichstellen, als die zedierenden Gemeinschafter wie die Bürgen nur unter der Bedingung verpflichtet sind, dass der Forderungsschuldner nicht leisten kann; nur insofern gleicht die sog. Schadlosbürgschaft der Gewährleistungspflicht [61]). Der Ausdruck "einfache Bürgen" ist nur deshalb in den Art. 637 hineingelangt, weil er am einfachsten und kürzesten sagt, wie die Gewährleistungspflicht der Teilhaber für zugeteilte Forderungen sich auswirkt, mehr liegt nicht in diesem Text.

2. Für uns folgt nun, dass wenn schon die Teilhaber der andern Gesamthandsgemeinschaften einander auch für die Einbringlichkeit zugeteilter Forderungen einstehen müssen,

---

58) So auch Becker, Art. 171 N. 8 und Tuor, Art. 637 N. 16.
59) Vgl. Escher, Art. 637 Anm. 4. b.
60) Vgl. Würzburger, S. 723 f.
61) Vgl. Würzburger, S. 723.

und die Worte "wie einfache Bürgen" bei der Erbschaftsteilung nur erklären wollen, diese Worte ohne jegliches Bedenken auch auf die übrigen Gemeinschaftsteilungen zu beziehen sind.

III. Die Teilhaber haften für die Bonität von Forderungen wie einfache Bürgen nach Art. 495 Abs. 1 OR. nur dann, wenn der Schuldner in Konkurs geraten ist, Nachlasstundung erhalten hat, ohne Verschulden des Teilhabers, der die Forderung übernommen hatte, erfolglos betrieben worden ist, in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann, oder wenn wegen seiner Wohnsitzverlegung ins Ausland die Rechtsverfolgung erheblich erschwert ist. Untereinander haften die Teilhaber sodann wie Nachbürgen [62]), mit andern Worten, ein jeder hat zu seinem Anteil auch für die Zahlungsfähigkeit der gewährleistungspflichtigen Mitgemeinschafter wie ein einfacher Bürge einzustehen (Art. 498 Abs. 1 OR.). Es bleiben noch zwei der Gemeinschaftsteilung eigene Besonderheiten:

1. Selbstverständlich ist auch die Forderungshaftung durch den Anrechnungswert im Ganzen und die Anteilsmässigkeit für die einzelnen Teilhaber beschränkt [63]).

2 Es ergibt sich aus den Verhandlungen der Expertenkommission [64]), dass die Miterben — und entsprechend die Teilhaber der andern Gesamthandsgemeinschaften — einander auch dann noch haften, wenn der Forderungsschuldner erst nach der Teilung zahlungsunfähig wird [65]). Die Ausnahme, dass in diesem Falle nicht auf die Mangelhaftigkeit

62) Vgl. Tuor, Art. 637 N. 6; Escher, Art. 637 Anm. 4. b. S. 363; Curti-Forrer, Art. 637 Anm. 14; Rossel et Mentha N. 1182 S. 283 f.
63) Vgl. 8. und 9. Kap.
64) Votum Rott, Prot. S. 753.
65) Tuor, Art. 637 N. 9. Im Gegensatz dazu steht das französische Recht, vgl. Baudry-Lacantinerie, successions, III. N. 3402 S. 711.

zur Zeit der Teilung abgestellt wird, erklärt sich aus der praktischen Erwägung, dass innert der kurzen Verjährungsfrist kaum eine Änderung in der Zahlungsfähigkeit des Schuldners eintreten wird, und dass es schwer zu untersuchen wäre, ob nicht auch schon bei der Teilung der Schuldner zahlungsunfähig gewesen sei [66]). Diese Lösung wird dem speziellen Charakter der Gemeinschaftsteilung erst vollkommen gerecht [67]).

IV. Wohl für den Bestand nicht aber für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners haften die Miterben einander, wenn die Forderung ein Wertpapier mit Kurswert ist. Der Ausdehnung dieser Ausnahme auf die Gewährleistung der Teilhaber der andern Gesamthandsgemeinschaften steht nichts im Wege, da die Haftung hier deshalb augeschlossen ist, weil der Teilhaber das übernommene Wertpapier sofort veräussern und so den Verlust abwenden kann. Bei den Wertpapieren mit Kurswert ist die Sicherheit für die Einbringlichkeit grösser, und ihr aleatorischer Charakter kann bei der Bestimmung ihres Anrechnungswertes schon leichter berücksichtigt werden. Diese Bestimmung wurde erst von der Redaktionskommission in den Text des Art. 637 ZGB. aufgenommen, um so die selbstverständliche Ausnahme, die die Gerichte gemacht hatten, nachträglich zu genehmigen [68]).

66) Vgl. BlZüR. Band XXIII. Jahrg. 1924, 44, S. 69.

67) Es gilt daher für die Gemeinschaftsteilung allgemein, was Escher (Art. 637 Anm. 4. b. Schluss) schreibt: Die Anschauung des französischen Rechts mag für den Kauf, resp. die Zession von Forderungen passen, denen immer etwas Spekulatives anhaftet, nicht aber für die Erbteilung, deren "Seele die Gleichheit der Miterben" ist. In solchen Fällen aber, wo die Insolvenz eines Schuldners bei der Zuteilung der betreffenden Forderung und Festsetzung des Übernahmepreises bereits berücksichtigt wurde, sind die Miterben auch nur in der Höhe dieses reduzierten Preises gewährleistungspflichtig, denn sie haften nur "im angerechneten Forderungsbetrag."

68) Vgl. Escher, Art. 637 Anm. 4. b.; Tuor, Art. 637 N. 9; Rossel et Mentha, N. 1182.

C. Die Gewährleistungspflicht der Teilhaber für das Bestehen einer zugewiesenen Forderung geht einerseits aus Art. 637 Abs. 2 ZGB. andererseits schon aus Art. 171 OR. hervor. Anwendbar ist diesbezüglich ebenfalls Art. 173 Abs. 1 OR. Der empfangene Gegenwert ist eben der Anrechnungswert, der die Höhe der Teilhabergewährleistung immer bestimmt. Wenn also eine Forderung im Nominalwert von 1000 Fr. mit nur 500 Fr. angerechnet wird, so geht die Haftung der Teilhaber, selbst wenn die Forderung nicht besteht, nur auf 500 Fr.; allerdings werden auch die Zinsen und die Kosten des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner auf die Teilhaber anteilsmässig verteilt [69]). Existiert die Forderung nur zum Teile nicht, so geht die Haftung der Teilhaber für die Verität nur auf die Differenz zwischen dem Anrechnungsbetrag und dem noch bestehenden Forderungsbetrag, nicht etwa auf die Differenz zwischen dem Nominalbetrag und dem noch bestehenden Betrag der Forderung; sodass also nach dem obigen Beispiel, falls die Forderung nur noch zu 400 Fr. besteht, der übernehmende Teilhaber nicht etwa für 600 Fr. sondern nur für 100 Fr. einen Gewährleistungsanspruch an die übrigen Gemeinschafter hat [70]), (selbstverständlich auch hier in Berücksichtigung der Anteilsmässigkeit der Haftung schliesslich für eine noch kleinere Summe). Der Übernehmer muss aber, bevor er seinen Anspruch geltend machen kann, gegen den Forderungsschuldner wie gegen den Drittansprecher eines zugeteilten Rechts, d. h. analog zu Art. 193 f. OR. vorgegangen sein [71]).

D. 1. Der Gewährleistungsanspruch für eine zugeteilte Forderung verjährt mit einem Jahr, angefangen beim Vollzug der Teilung oder, falls die Forderung erst später fällig wird, von diesem Zeitpunkt an gerechnet (Art. 637 Abs. 3 ZGB.).

69) Wie oben, 5. Kap. Fussnote 40.

70) Oser, Art. 173 N. 4.

71) Oser, Art. 173 N. 5.

2. Die Verjährung der Gewährleistung für zugeteilte Forderungen unterscheidet sich somit in zweifacher Hinsicht von der Gewährleistungsverjährung der andern zugeteilten Sachen:

a. Durch ihre Dauer, wenn es sich um die Eviktionshaftung handelt. Es gelten demnach für sie nicht mehr die langen Fristen der Art. 127 ff. OR. wie für die Eviktionshaftung anderer zugeteilter Sachen [72]).

b. Durch ihren Beginn. Massgebend ist, falls die Forderungen schon fällig sind, nicht mehr der Zeitpunkt der Ablieferung wie bei den andern Sachen, sondern der Moment des Teilungsvollzugs.

3. Diese doppelte Besonderheit, die in den Kommentaren angenommen wird [73]), bestreitet Annen [74]). Nach ihm hat Art. 637 Abs. 3 ZGB. nicht nur für Abs. 2 sondern auch für Abs. 1 des gleichen Artikels, also für die Gewährleistung bei der Erbteilung überhaupt Geltung. Für uns würde demnach die Gewährleistungspflicht bei der Gemeinschaftsteilung — eine von der Erbschaftsteilung verschiedene Gewährleistungsverjährung würde hier jeglicher Begründung entbehren — sowohl für Rechts- wie für Sachmängel, bei fälligen Forderungen wie bei andern zugeteilten Sachen, einheitlich mit dem Teilungsvollzug beginnen und ein Jahr darauf endigen. Mit Tuor [75]) scheinen mir aber praktische Gründe gegen diese Auslegung des Art. 637 Abs. 3 ZGB zu sprechen, obwohl sie eine grosse Vereinfachung herbeiführen würde.

a. Was die Verschiedenheit der Verjährungsfristen für die Eviktionshaftung anbetrifft, ist zu bedenken, dass eine Forderung meistens dann evinziert wird, wenn ihr Besitzer sie

72) Vgl. 4. Kap. D
73) Tuor, Art. 637 N. 10; Escher, Art. 637 Anm. 5.
74) S. 120 ff.
75) Art. 637 N. 10.

geltend machen will. Wenn aber die Teilhaber einander schon für die Bonität während eines Jahres einstehen müssen, so soll sie die Haftung für die Verität aus diesem praktischen Grunde nicht länger belasten. Der Übernehmer hat die Forderung ja auch nicht mit den Absichten eines Käufers erworben. Die kurze Verjährungsfrist der Gewährleistung für Eviktion von Forderungen ist daher bei der Gemeinschaftsteilung allgemein angebracht. Nicht gleich verhält es sich dagegen bei der Eviktion anderer zugeteilter Sachen. Abgesehen von der fünfjährigen Gewährleistungsverjährung von Gebäudemängeln (Art. 219 Abs. 3 OR.), verjährt der Gewährleistungsanspruch für Sachmängel mit einem Jahre, da diese Mängel im allgemeinen während dieser Zeit zutage treten können. Die Eviktion erfolgt hier aber ganz unabhängig von andern Mängeln und deren Rüge. Der Übernehmer kann sich selbst keine grössere Sicherheit über sein Eigentum verschaffen, wie es ihm bei zugeteilten Forderungen durch deren Geltendmachung häufig möglich ist. Das Auseinanderfallen der beiden Gewährleistungsfristen ist daher m.E. hier am Platze.

b. Es ist auch keine Willkür, wenn nur die Gewährleistungsfrist für Forderungen mit dem Teilungsvollzug zu laufen beginnt, jene für andere zugeteilte Sachen aber mit deren Ablieferung an den Übernehmer. Es wäre unbillig, einem Übernehmer, der z.B. infolge grosser Entfernung vom Teilungsort oder Verzögerung der Sendung nicht in der Lage ist, die zugeteilte Sache sofort zu untersuchen, deshalb den Gewährleistungsanspruch ganz oder teilweise verjähren zu lassen. Es ist nicht einzusehen, warum diesbezüglich der übernehmende Teilhaber schlechter gestellt werden soll als der Käufer. Der Beginn der Gewährleistungsverjährung ist aber bei zugeteilten fälligen Forderungen auf den Teilungsmoment anzusetzen, da von dort an die Möglichkeit zur Gel-

tendmachung vorhanden ist, und dem Zeitpunkt der Ablieferung durch den Wegfall der Untersuchungspflicht des Übernehmers hier keine Bedeutung zukommt.

4. Handelt es sich um kündbare Forderungen, so können die übrigen Gemeinschafter vom Übernehmer die Kündigung verlangen; sie werden befreit, falls diesem Verlangen nicht entsprochen wird. Die Kündigung kann sofort verlangt werden, Art. 511 Abs. 2 OR. (Kündigungsverlangen nach einem Jahr seit Eingehung der Bürgschaft) kommt nicht zur Anwendung [76]). Die Verjährungsfrist kann von den Teilhabern in Analogie zu Art. 21o OR. abgekürzt oder verlängert werden [77]).

E. Die Gewährleistung für Forderungen kann von den Teilhabern abgeändert oder erleichtert werden; arglistiges Verhalten macht jedoch eine solche Vereinbarung ungültig [78]).

---

76) Vgl. Curti-Forrer, Art. 637 Anm. 19.

77) Tuor, Art. 637 N. 11; gegen Verlängerung Rossel et Mentha, successions N. 1183.

78) Tuor, Art. 637 N. 2.

7. Kapitel.

Die Grundstücks- und Viehmängel-Gewährleistung.

Ausserhalb der Gewährleistung des veräusserten Rechts, für Mängel der Sache und abgetretene Forderungen regelt unser Obligationenrecht noch in Sondernormen die Gewährleistung für veräusserte Grundstücke in Art. 219 und für Viehmängel in den Art. 198 und 202.

A. Die Grundstücksgewährleistung, Art. 219 OR.

I. Besitzt das von einem Teilhaber übernommene Grundstück nicht das in der Teilungsurkunde angegebene Mass, so haben die übrigen Teilhaber unter Vorbehalt anderweitiger Abrede dem Übernehmer anteilsmässig Ersatz zu leisten, soweit durch dieses Mass die Höhe des Anrechnungswertes mitbestimmt wurde. — Besitzt ein Grundstück nicht das im Grundbuch auf Grund amtlicher Vermessung angegebene Mass, so haben die übrigen Gemeinschafter dem Übernehmer nur dann Ersatz zu leisten, wenn sie die Gewährleistung hiefür ausdrücklich übernommen hatten oder wenn bewiesen wird, dass der Anrechnungswert des Grundstückes infolge dieser fehlerhaften Eintragung erheblich von seinem wirklichen Wert abweicht. — Die Pflicht zur Gewährleistung für die Mängel eines Gebäudes verjährt mit dem Ablauf von fünf Jahren, vom Erwerb des Alleineigentums an gerechnet.

II. 1. Ein Verkäufer haftet immer für das im Kaufvertrag angegebene Mass, die Teilhaber aber, dem Sinn und Zweck der Gewährleistung bei der Gemeinschaftsteilung entsprechend, in erster Linie für den Anrechnungswert, erst sekundär für das in der Teilungsurkunde angegebene Mass, soweit durch seine Differenz zum wirklichen Mass der Anrechnungs-

wert [79]) nicht erreicht wird. Ist das wirkliche Mass also kleiner als das angegebene, so haben die gewährleistungspflichtigen Teilhaber zu beweisen, dass das Grundstück dennoch den angerechneten Wert besitze.

2. Eine zur Berechnung des Anrechnungswertes herbeigezogene (stillschweigend oder bewusst in die Teilungsurkunde übernommene) falsche Massangabe des Grundbuchs macht hier im Gegensatz zum Kauf [80]) noch keine ausdrücklich zugesagte Gewährleistungsverpflichtung notwendig; diese besteht schon ohnehin, denn grundsätzlich geht meines Erachtens die Gewährleistungspflicht der Teilhaber für den Anrechnungswert dem Schutze des öffentlichen Vertrauens zum Grundbuch voran. Soweit also der richtige Wert des Grundstücks den nach der falschen amtlichen Vermessung ermittelten Anrechnungswert nicht erreicht, haften die Teilhaber einander dennoch.
Der Schutz des öffentlichen Vertrauens zum Grundbuch ist bei der Gemeinschaftsteilung eher gewahrt als beim Kauf. Hier war der Übernehmer schon Gesamteigentümer, das Grundstück wird also nicht an eine fremde Person veräussert sondern an jemand, der schon bisher daran berechtigt war, der zudem den andern Teilhabern auch für ihre ganzen Anteile gewährleistungspflichtig ist. Allerdings ist die Autorität des Grundbuchs dadurch zu berücksichtigen, dass hier die Beweislast umgekehrt wird, sodass demnach der Übernehmer beweisen muss, dass der Anrechnungswert infolge des falschen Grundbucheintrags erheblich [81]) grösser sei als der wirkliche Wert des Grundstücks.

---

79) Der Anrechnungswert ist nach dem Ertrags- resp. Verkehrswert des Grundstücks zu bemessen. Vgl. Art. 617 f. ZGB.; BGE. 65 II S. 218.
80) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 219 N. 4.
81) Vgl. oben, 5. Kap. A. 2. b.

3. Im Übrigen gelten auch für zugeteilte Grundstücke die früher behandelten Regeln über die Rechts- und Sachmängelgewährleistung.

4. Eine Ausnahme der einjährigen Dauer der Gewährleistungspflicht für Sachmängel [82]) bildet die lange Verjährungsfrist der Haftung für Gebäudemängel. Sie ist begründet in der regelmässig späten Erkennbarkeit der Mängel im Verhältnis zu jenen der andern Sachen, und hier daher ebenso angebracht wie beim Kauf.

B. Die Viehmängelgewährleistung, Art. 198 und 2o2 OR.

I. In Personenkreisen, die mit dem Viehhandel vertraut sind, besteht bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens für zugeteiltes Vieh (Pferde, Esel, Maultiere, Rindvieh, Schafe, Ziegen und Schweine) eine Pflicht zur Gewährleistung bis zur Höhe des Anrechnungswertes nur insoweit, als sie dem übernehmenden Teilhaber von den andern schriftlich zugesichert oder er von ihnen absichtlich getäuscht wurde. Enthält die schriftliche Zusicherung keine Fristbestimmung, und handelt es sich nicht um die Gewährleistung für Trächtigkeit, so haften die andern Gemeinschafter dem Übernehmer nur, wenn der Mangel binnen neun Tagen, von der Übergabe oder vom Annahmeverzug an gerechnet, entdeckt und angezeigt wird, und wenn binnen der gleichen Frist bei der zuständigen Behörde die Untersuchung des Tieres durch Sachverständige verlangt wird. Das Gutachten der Sachverständigen wird vom Richter nach seinem Ermessen gewürdigt. Im übrigen gilt für das Verfahren die bundesrätliche Verordnung vom 14. November 1911.

II. Obwohl diese besondere Gewährleistung für Viehmängel nach dem Wortlaut des Art. 198 OR. auf den Han-

82) Vgl. oben, 5. Kap. G.

del mit Vieh zugeschnitten ist, so ist sie, da der Grund hiefür doch in der Eigenart der veräusserten Sache liegt, dennoch auf die übrigen entgeltlichen Veräusserungsgeschäfte anwendbar, wenigstens dort, wo die Personenverhältnisse eine analoge Anwendung gestatten.

1. Das Haftungsrisiko der Teilhaber steigert sich mit der Veräusserung von Vieh bei der Gemeinschaftsteilung wie dasjenige des Viehhändlers beim Verkauf, sie sind deshalb auch in gleicherweise schutzbedürftig und sollen demnach nur haften, wenn der Wert des zugeteilten Viehs wegen Fehlens einer durch schriftliche Zusicherung gewährleisteten Eigenschaft unter den Anrechnungswert sinkt. Die Zusicherungen werden regelmässig für den Anrechnungswert mitbestimmend sein. Der Teilhaber, der Vieh übernimmt, wird sich in der Regel auch sonst im Viehhandel irgendwie auskennen, sodass er bestimmte Eigenschaften, auf die er besonderen Wert legt, wie beim Handel sich schriftlich zusichern lässt. Machen sich die übrigen Gemeinschafter einer arglistigen Täuschung schuldig, so fällt ihre Begünstigung dahin (auch die zeitliche Beschränkung der Haftung gemäss Art. 202 OR.) und sie haften wie für die Mängel anderer Sachen nach Art. 197 OR. [83]).

2. Die Zeit, in der die Mängelrüge, falls keine andere Fristbestimmung vorliegt, zu erlassen ist, bemisst sich so kurz, einerseits weil dadurch Mängel, die schon zur Zeit der Veräusserung versteckt vorhanden waren, nun zum Ausdruck kommen konnten (mit Ausnahme der Nichtträchtigkeit, für die die Befristung nicht gilt), andererseits damit der Übernehmer nicht Gelegenheit zu unreellen Machenschaften erhalte [84]).

---

83) Vgl. Becker, Art. 198 N. 8.
84) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 202 N. 6.

3. Ein grundsätzlicher Widerspruch zwischen Gewährleistung des Anrechnungswerts und Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften besteht, wie unter 2. gezeigt, nicht. Es ist aber denkbar, dass keine Zusicherung gegeben wurde und der Übernehmer sich das Vieh, in Unkenntnis der Gewohnheiten des Viehhandels, relativ hoch anrechnen liess. In diesem Falle fehlt die ratio legis zur Anwendung der Art. 198 und 202 OR. auf die Gemeinschaftsteilung. Primär geht, wie schon bei der Behandlung der Grundstücksgewährleistung betont, die Haftungspflicht auf die Verschaffung des Werts, zu dem der Anteil angerechnet wurde; erst sekundär und mit der Bedingung, dass wenigstens der Übernehmer sich im Viehhandel auskennt, was ja meistens der Fall sein wird, ist die spezielle Regelung für Viehmängelhaftung im Handel auf die Gemeinschaftsteilung anzuwenden.

4. An der Gewährleistungspflicht für Rechtsmängel an Vieh ändert die Sonderregelung nichts.

DRITTER TEIL

Die aus der Eigenart der Gemeinschaftsteilung sich ergebenden Besonderheiten der Umfangs- und Inhaltsbeschränkung des Gewährleistungsanspruchs.

8. Kapitel.

Die Gewährleistung in der Höhe des Anrechnungswerts.

A. Eine der Gemeinschaftsteilung eigene Abweichung von der Kaufsgewährleistung liegt darin, dass die Haftung nur bis zur Höhe des Anrechnungswerts geht, der der gewährleistungsbedürftigen Sache bei der totalen oder partiellen Teilung oder nachträglich beim Eintreten des Haftungsfalles gegeben wird. Wenn schon beim Kauf der Verkäufer für das Interesse des Käufers auch über den Kaufpreis hinaus haftet, so erscheint das aus den unten angeführten Gründen gerechtfertigt, bei der Gemeinschaftsteilung aber nicht.

B. Diese Ansicht wird in der Literatur von verschiedenen Seiten vertreten:

I. Rabel [1]) rügt an § 757 BGB.: "Es führt zu absurden Ergebnissen, den Teilenden zum Ersatze des den angeschlagenen Wert übersteigenden Interesses auch nur pro rata zu verhalten." Er vermutet auch, dass der Gewährleistungsanspruch in diesem Falle schon im römischen Recht auf den Schätzungswert begrenzt gewesen sei. In gleichem Sinne schreibt Süss [2]): " . . . es soll nur eine Ungleichheit in der Teilung ausgeglichen werden, es soll das Gleichgewicht der einzelnen Teile herbeigeführt werden. Es soll nicht der Erfolg der Leistung einer mangelfreien Sache als solcher herbeigeführt werden, sondern nur Gleichheit der Teile gewährleistet werden." Auch Strohal [3]) tadelt in seinem bekannten Beispiel die Ausdehnung des Umfangs der Kaufsgewährleistung auf die Gemeinschaftsteilung. Desgleichen lehrt Planiol [4]): "S'agissant de rétablir l'égalité, on ne peut songer à

1) S. 119.
2) S. 115.
3) 2. Band S. 123.
4) Successions N. 680.

le faire qu'en se plaçant au seul moment où elle ait existé, celui du partage." Dass man früher im französischen Recht die Haftungshöhe wie beim Kauf nach dem Wert der Sache zur Zeit des Eintritts des Gewährleistungsfalls bestimmte, zeigt noch Demolombe [5]).

II. Nach den Erläuterungen zum ZGB. [6]) (die Miterbengewährleistung ist ja, wie wir bei der Forderungsgewährleistung gesehen haben, auch auf die Teilhaber der andern gemeinschaftlichen Vermögen anwendbar) bemisst sich die Gewährleistung nach dem Schätzungswerte [7]), oder, falls ein solcher bei der Teilung noch nicht gegeben wurde, nach dem Wert, der der Sache bei der Erbteilung in ihrem Anteil zukommt. Diesen Erläuterungen folgen die schweizerischen Kommentare einhellig [8]).

C. Der Anrechnungswert bleibt derselbe, ob die Sache schon bei der Teilung geschätzt wurde oder ihr Wert erst nachträglich im Haftungsfall ermittelt wird, denn auch dann muss sich die Wertbestimmung nach den zur Zeit der Teilung der Sache zugeschriebenen oder von ihr erwarteten Eigenschaften richten. Zeigen sich also in der Zwischenzeit Mängel, durch die der Wert des betreffenden Anteils vermindert wird, so steht dieser nun nicht mehr im gleichen Verhältnis zu den übrigen Anteilen, in das man ihn zur Zeit der Teilung setzen wollte. Durch die Gewährleistung soll nun dieses Verhältnis hergestellt werden. Wird den einzelnen Sachen schon bei der Teilung ein Anrechnungswert durch

5) Successions V. N. 363.
6) Erl. S. 473.
7) Über den Schätzungswert vgl. auch Siegwart, Art. 548 / 50 N. 38.
8) So Escher, Art. 637 Anm. 3: Massgebend ist also nicht der objektive Marktwert des Grundstücks zur Zeit der Teilung, sondern der Anrechnungswert der Erben untereinander. Ferner Tuor, Art. 637 N. 5; Rossel et Mentha N. 1181.

ihre Schätzung gegeben [9]), so ist die Lage einfacher: die offenbaren Mängel werden schon besser berücksichtigt, auch kann bei der Wertbestimmung schon darauf abgestellt werden, dass vielleicht die gleiche Sache für den einen Teilhaber einen grössern, für den andern einen kleinern Wert hat. Die Summe der einzeln geschätzten Sachwerte stellt den Vermögenswert dar, der dann den einzelnen Teilhabern im Verhältnis ihrer Berechtigung zugeteilt wird. Nun ist im Gewährleistungsfall die Haftungshöhe viel leichter erkennbar, es muss nicht mehr untersucht werden, ob das Wertverhältnis der ganzen Anteile unter sich gestört sei, sondern es bleibt nur noch festzustellen, ob die mangelhafte Sache für sich allein durch den Mangel den ihr gegebenen Schätzungswert bezw. Anrechnungswert nicht mehr erreiche und wie gross diese Wertdifferenz ist.

D. Es sei noch untersucht, wie eine richtige oder falsche Anrechnungswertsbestimmung bezw. Schätzung der einzelnen Sachen sich auf die Gewährleistung unter den Teilhabern bei der totalen Teilung auswirkt.

I. Die Teilhaber schützen sich gegenseitig am besten, wenn sie für alle Vermögensteile einen Anrechnungswert berechnen, der möglichst genau dem wahren Wert der darin enthaltenen Sachen entspricht. Eine bei allen Anteilen im Verhältnis zum wirklichen Wert der Sachen gleichmässig erhöhte oder erniedrigte Ansetzung des Anrechnungswerts wird ja selten vorgenommen, sie verändert auch nichts an den Haftungsverhältnissen unter den Teilhabern, denn die Haftungshöhe jedes einzelnen Gemeinschafters bleibt im Verhältnis zu seinem Anteil dieselbe. Es wird dadurch in Be-

9) Art. 617 f. ZGB. bestimmen den Wert, nach dem Grundstücke bei der Erbschaftsteilung anzurechnen seien und die Art seiner Ermittlung. Vgl. auch BGE. 65 II S. 218.

rücksichtigung der Gegenseitigkeit der Anteilsgewährleistung[10]) niemand schlechter gestellt, denn durch die gleichmässige Erhöhung bezw. Verminderung des Anrechnungswerts im Vergleich zum wirklichen Wert nähert oder entfernt sich die Gewährleistungsgefahr bei allen Gemeinschaftern gleichmässig.

II. Praktisch bedeutsamer und häufiger ist der Fall der zu hohen oder zu niedrigen Ansetzung des Anrechnungswerts nur einzelner Sachen oder der Vermischung der beiden Möglichkeiten mit der richtigen Ansetzung. Wir werden aber später[11]) sehen, dass die Anteilsmässigkeit der Gewährleistung die Folgen einer ungleichmässigen Wertberechnung vollständig aufzuheben vermag.

E. Für die subjektiv partielle und die subjektiv totale Teilung, bei der das Gemeinschaftsvermögen durch eine Gruppe von Teilhabern unter Weiterführung der Gemeinschaft oder durch einen einzigen Teilhaber übernommen wird, gegen Abfindung der übrigen mit Werten, die nicht zum Gemeinschaftsvermögen gehören, stellt sich die Frage, ob durch diese Abfindung die Parteien wirklich einen Kauf oder Tausch abschliessen wollen, wie man es wegen des dabei oft gebrauchten Ausdruckes "Auskauf" leicht annehmen möchte. Ist die verkleinerte Teilhabergruppe oder der das Gemeinschaftsvermögen übernehmende Gemeinschafter dem abgefundenen Teilhaber gegenüber für die Abfindungsgegenstände wie ein Verkäufer gewährleistungspflichtig? Man wird doch regelmässig mit grosser Sicherheit annehmen können, dass die Parteien, wenn auch nur stillschweigend, jedem Teilhaber doch den wirklichen Wert seines Anteils am Gemeinschaftsvermögen zur Zeit der Abfindung resp. der subjektiv totalen

10) Vgl. das folgende Kapitel.
11) Vgl. folgendes Kapitel A. I.

Teilung zukommen lassen wollten [12]). Diese Absicht wird besonders da vorhanden sein, wo zur Bestimmung des Abfindungswerts das Gemeinschaftsvermögen geschätzt wird (z.B. gemäss Art. 236 Abs. 1 und 346 ZGB., Art. 578 und 580 OR.). Wie dann der abgefundene Teilhaber für das Gemeinschaftsvermögen zu seinem Anteil gewährleistungspflichtig bleibt, sodass er also bei gänzlichem Untergang des Vermögens den Wert seiner Abfindungsgegenstände wieder verlieren würde, so ist ihm auch die Gemeinschaft resp. der das Gemeinschaftsvermögen übernehmende Teilhaber für die Abfindungsgegenstände in der Höhe des Anteilswerts, d. h. in der Schätzungshöhe der Abfindungsgegenstände haftbar. Man kann daher nicht mit Annen [13]) sagen, es fänden auf eine solche Abfindung schlechthin die Kaufgewährsregeln Anwendung, weil der betreffende Teilhaber keine Gegenstände aus dem Gemeinschaftsvermögen erhalte. Die Kaufgewährsregeln sind hier insofern nicht anwendbar, als dem Abgefundenen ein Anspruch auf Gewährleistung der Abfindungsgegenstände zu keinem höhern oder niedrigeren Wert als dem Wert seiner Gesamtberechtigung zur Zeit der Abfindung zusteht. Anwendbar sind die Kaufgewährsregeln andererseits aber insofern, als jene Partei, die das ganze Gemeinschaftsvermögen übernommen hat, dem Abgefundenen allein gewährleistungspflichtig ist, ihm also für den ganzen Gewährsmangel haftet [14]).

Solange das frühere Gemeinschaftsvermögen keine Gewährsmängel aufweist haben daher die abgefundenen Teilhaber gegen die abfindende Partei einen Gewährleistungsanspruch, soweit wegen eines Gewährsmangels ihre Abfindungsgegenstände den Anrechnungswert nicht mehr erreichen. Es soll

---

12) Vgl. Siegwart, Art. 548/50 N. 49; BGE. 49 II S. 492.

13) S. 123.

14) Über die Anteilsmässigkeit der Haftung vgl. nächstes Kapitel.

noch beigefügt werden, dass allerdings, wie schon oben erwähnt, Abfindungen in den meisten Fällen in Geld vorgenommen werden, sodass eine Gewährleistung für Abfindungsgegenstände selten aktuell wird.

F. Die Gründe, weshalb die Kaufgewährleistungshöhe bei der Gemeinschaftsteilung durch den Anrechnungswert der Anteile beschränkt werden soll, sind insbesondere folgende:

I. Käufer und Verkäufer sind bis zum Abschluss des Kaufvertrags in ihrer Einigung über Kaufsache und Kaufpreis frei, beide machen dabei für sich einen Gewinn (oder sie glauben wenigsten einen Gewinn zu machen). Die Teilhaber eines gemeinschaftlichen Vermögens hingegen besitzen nicht dieselbe Freiheit in der Teilung. Diese ist meistens nur eine Folge der Auflösung des dem gemeinschaftlichen Vermögen zugrundeliegenden Gemeinschaftsverhältnisses oder eines zwingenden Ausscheidungsgrundes; die Auseinandersetzung muss erfolgen, und eine Zuteilung muss vorgenommen werden, nachdem der Auflösungsgrund der Gemeinschaft gegeben ist [15]) oder nicht im Belieben der Gemeinschafter liegende Gründe die Ausscheidung von Teilhabern verlangen.

II. Käufer und Verkäufer stehen einander im Hinblick auf den Vertragsabschluss mit entgegengesetzten Interessen gegenüber, der Käufer bedarf daher eines durchgreifenden Schutzes gegenüber dem Verkäufer. Die Interessen der Teilhaber dagegen sind in Bezug auf das Gemeinschaftsvermögen vor der Teilung normalerweise gleichgerichtet. Offene Mängel der Sachen gelangen leicht allen Gemeinschaftern zur Kenntnis, und wo überall solche Mängel vorhanden sind,

15) Vgl. Wieland, Art. 654 Anm. 2; Leemann, Art. 654 N. 5; Haab, Art. 652/54 N. 11.

können sie durch Herabsetzung des Anrechnungswerts der damit behafteten Sachen oder durch deren gleichmässige Verteilung an alle Teilhaber leicht unschädlich gemacht werden. Oft aber steht das meist verwandtschaftliche Band, das die Teilhaber zu einer Gemeinschaft zusammenschliesst, einer Abwägung und Schätzung aller Vermögensstücke hindernd gegenüber. Dann wäre es aber unbillig, die Höhe der Haftung nach der Kaufgewährleistung zu bestimmen, und dadurch die Gemeinschafter für die ihrer Einmütigkeit entspringende Unterlassung der Schätzung gleichsam zu strafen. Hier wird man ihnen erst gerecht, wenn man ihre Haftung in Übereinstimmung mit ihrer Absicht bei der Teilung darauf beschränkt, dass jeder von ihnen wirklich das erhält, was sie ihm zuteilen wollten, oder jeder im Verhältnis zu den andern gleichviel mehr oder weniger, wenn das Vermögen grösser oder kleiner ist, als sie glaubten.

III. Ohne den Anrechnungswert als Gewährleistungsbegrenzung würde die Gemeinschaftsteilung den spekulativen Charakter des Kaufs noch übertreffen, indem der eine Teilhaber seine bessere Stellung innerhalb der Gemeinschaft zum Nachteil eines andern z.B. durch Zuspielen minderwertiger Sachen über Verhältnis ausnützen könnte. Die Berücksichtigung des Anrechnungswerts als Rahmen des Gewährleistungsanspruchs wahrt den Zweck der Gemeinschaftsteilung. Es wird dadurch jedem Teilhaber das verschafft, was ihm im Verhältnis zu den übrigen gebührt. Wenn der Verkäufer weiter haftet, so deshalb, weil er für den Kaufpreis das Interesse des Käufers noch nicht befriedigt hat; weil er selbst mit dem Kaufpreis wohl zufrieden ist, sein Vertragspartner aber berechtigterweise in die Kaufsache grössere Erwartungen gesetzt hatte. Der Teilhaber ist aber niemals berechtigt grössere An-

forderungen an die Gemeinschaft zu stellen, als ihm im Verhältnis zu den Mitgemeinschaftern zukommt.

IV. Der Anrechnugswert wird in seiner Auswirkung bei der Gewährleistung zum Korrektiv seiner Ansetzung nach dem wirklichen Wert der Sachen, mit andern Worten: die Teilhaber müssen den Anrechnungswert allgemein nach dem wirklichen Wert der Sachen bestimmen, wenn sie eine grosse Gewährleistungsgefahr aber auch eine Verminderung des Gewährleistungsanspruchs vermeiden wollen. Dadurch wird eine Übervorteilung einzelner Teilhaber abgeschwächt, wie es sonst niemals möglich wäre.

9. Kapitel.

Die Anteilsmässigkeit der Gewährleistung.

A. Wie man bei der Gewährleistung nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch die Haftung für zugeteilte Erbschaftsgegenstände allgemein auf alle Miterben anteilsmässig verteilen lässt [16]), so können wir, die bisherige Ausdehnung der Miterbengewährleistung auf die andern Arten von Gesamthandsgemeinschaften fortführend, auch die Teilhaber dieser andern Gemeinschaften, wie das deutsche BGB. in § 757 [17]), die zugeteilten Stücke aus dem gemeinschaftlichen Vermögen im Verhältnis ihrer Anteile gewährleisten lassen [18]). Die anteilsmässige Haftungsverteilung ist die einzig gerechte Art, wenn die Teilhaber durch die Gewährleistung auftretende Rechts- oder Sachmängel ausgleichen sollen. Es ergeben sich aus dieser Anteilsmässigkeit zwei Folgerungen:

I. Der gewährleistungsberechtigte Teilhaber trägt, soweit er Gegenstände aus dem Gemeinschaftsvermögen erhalten hat, auch selbst etwas von seinem Schaden [19]), und zwar wie

---

16) Escher, Art. 637 Anm. 2. a.: Von den Miterben kann diese Gewährleistung nur im Verhältnis ihrer Anteile verlangt werden. Tuor, Art. 637 N. 3: Wenn das Gesetz es auch nicht ausdrücklich sagt, so ist doch anzunehmen, dass die Haftung jeden Erben im Verhältnis seines Anteils trifft, wobei der Anspruchsberechtigte auch selbst mitzählt. Rossel et Mentha, N. 1181 S. 283 in Fussnote 1.

17) § 757: . . . jeder der übrigen Teilhaber zu seinem Anteil . . . . Vgl. Staudinger, § 757 Anm. 4; Planck, § 757 Anm. 4.

18) Leemann, Art. 651 N. 27: . . . Gewähr zu leisten, und zwar im Verhältnis ihrer Anteile.

19) Man könnte vielleicht glauben, die übrigen Teilhaber hätten nach BGB. § 757 den ganzen Schaden des Gewährleistungsberechtigten zu decken. Dem ist aber nicht so. Vgl. Rabel, S. 119; Strohal, 2. Bd. S. 122 ff.; Escher, Art. 637 Anm. 2. b.: . . . also anteilsmässig auch vom Übernehmer zu tragen; Planiol, N. 680 : . . . L'héritier évincé en supporte lui-même sa part.

jeder andere Gemeinschafter soviel im Verhältnis zur Differenz zwischen seinem Anteils-Anrechnungswert und dem Wert des Anteils mit dem Mangel, als sein Anteil im Verhältnis zum ganzen verteilten Vermögenswert angerechnet wurde [20]). Auf diese Weise wird die Gleichheit unter den Teilhabern gewahrt, indem dadurch weder der gewährleistungsberechtigten noch der gewährleistungspflichtigen Partei durch den Gewährleistungsfall am Anteilsverhältnis zur Zeit der totalen oder partiellen Teilung etwas verändert wird; und das ist ja gerade der Zweck der Gewährleistung bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens. Tragen alle Teilhaber gemeinsam den auf ihre Quote fallenden, durch Gewährsmängel von Gegenständen des Gesamtvermögens verursachten Schaden, so wirkt das mässigend auf eine ungleichmässige Bestimmung des Anrechnungswerts der in den verschiedenen Anteilen enthaltenen Sachen.

Als Beispiel nehmen wir an, die drei Teilhaber A, B und C seien berechtigt auf $^3/_6$, $^2/_6$ und $^1/_6$ des gemeinschaftlichen Vermögens im wirklichen Wert von 1800, das sich zusammensetzt aus den Sachen I, II, III, IV, V und VI. Die einzelnen Sachen erhalten nun einen Anrechnungswert, der gleich, grösser oder kleiner ist als der wahre Wert.

I	700	900	475
II	500	650	350
III	300	400	200
IV	150	200	100
V	100	150	50
VI	50	100	25

20) Beispiel: Das ganze Vermögen betrage 1000. Davon erhält der gewährleistungsberechtigte Teilhaber 200, währenddem ein gewährleistungspflichtiger Gemeinschafter 500 bekommt. Infolge des Gewährleistungsmangels beträgt der Wert des Anteils des gewährlei-

Nun werden angerechnet dem

	A = I + IV + VI,	B = II + V,	C = III.
im 1. Fall	900 = 700 + 150 + 50,	600 = 500 + 100,	300 = 300,
im 2. Fall	1200 = 900 + 200 + 100,	800 = 650 + 150,	400 = 400,
im 3. Fall	600 = 475 + 100 + 25,	400 = 350 + 50,	200 = 200.

In allen drei Fällen verhalten sich die Anrechnungswerte der Anteile von A zu B zu C wie $^3/_6$ zu $^2/_6$ zu $^1/_6$. Wie wir schon im vorhergehenden Kapilel bemerkten, wird durch eine solche gleichmässige Erhöhung oder Verminderung des Anrechnungswerts im Grunde genommen kein Teilhaber benachteiligt, da sich die Gewährleistungsgefahr dadurch bei allen in gleichem Grade nähert oder entfernt. Erhält nun aber A die Sache I zu 900, B die Sachen II und IV zu 500 und 100 und C die Sachen III, V und VI zu 200, 50 und 50, so ist die Gewährleistungsgefahr bei den drei Gemeinschaftern ganz verschieden gross.

Die Folgen einer so ungleichmässigen Bestimmung des Anrechnungswerts mildert nun die Anteilsmässigkeit der Haftung. Zwar sehen wir, dass A an B und C nur zur Hälfte einen Gewährleistungsanspruch hat, und den übrigen Schaden (z.B. bei der vollständigen Entwehrung von 450) selbst tragen muss. Dabei ist aber zu bedenken, dass gerade die Berechtigung des A auf die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens auf seine hervorragende Stellung innerhalb der Gemeinschaft schliessen lässt: Er kannte das Gemeinschaftsvermögen normalerweise besser als die andern Teilhaber und hatte deshalb auf die Bestimmung des Anrechnungswerts

---

stungsberechtigten Teilhabers nur noch 50, sodass er also einen Schaden von 150 erleidet. Davon hat er nun selbst zu tragen x, und der zweite Teilhaber ist ihm gewährleistungspflichtig für y.

x : 150 = 200 : 1000; x = 30.

y : 150 = 500 : 1000; y = 75.

einen grössern Einfluss oder konnte im Verhältnis zu den andern dabei mehr berücksichtigt werden. Nehmen wir nun aber an, C erhalte IV und VI für 200 und 100 zugeteilt. Er stand in der Gemeinschaft an letzter Stelle und sein Anteil ist am meisten gefährdet. Dafür müssen ihm aber A und B zu 5/6 des angerechneten Werts einstehen. Sein Gewährleistungsanspruch geht bei gänzlicher Entwehrung oder Untergang seines Anteils auf 250, d.h. immer noch auf 50 mehr, als der wirkliche Wert der Sachen betragen würde. Die Gewährleistungspflicht des A geht in diesem Falle auf 150, die des B auf 100, also verlieren beide wie auch C selbst 1/6 ihres Anteils. Aus diesem Beispiel geht hervor dass, wenn alle Teilhaber den Schaden anteilsmässig miteinander tragen müssen, dies nie zu grossen Unbilligkeiten führen kann, da einerseits die Schadensgrösse des einen Teilhabers im Verhältnis zu seinem Anteil gleich hoch ist wie die der andern, andererseits wenigerberechtigte Teilhaber davor geschützt werden, dass sie von den mehrberechtigten durch Zuspielen minderwertiger Sachen zu einem hohen Anrechnungswert geschädigt werden. Durch die Anteilsmässigkeit der Schadenstragung werden also die Teilhaber zur Bestimmung des Anrechnungswerts aller Anteile nach dem wirklichen Wert der darin enthaltenen Sachen veranlasst.

II. Wenn die einzelnen, den Teilhabern zugekommenen Anteile durchwegs den gleichen Mangel aufweisen, so fällt die gegenseitige Haftung dahin [21]), da dann der Zweck der Gewährleistung, die Ausgleichung nachträglich sich herausstellender Ungleichheiten unter den Anteilen, verloren geht. Der Mangel darf aber nicht ungleiche Anteile absolut gleich stark befallen, wie wenn nach dem angeführten Beispiel der Wert des Anteils von A noch 700, von B noch 400 und von

21) Leemann, Art. 651 N. 27; Staudinger, § 757 Anm. 2; Warneyer, § 757.

C noch 100 betragen würde, sondern muss den Wert der Anteile im Verhältnis zu ihrem Anrechnungswert gleichmässig vermindern. Dies wäre z.B. der Fall wenn A noch einen Wert von 600, B von 400 und C von 200 besitzen würde, also durch den Mangel der Wert jeden Anteils um 1/6 geschmälert würde. Die gleichmässige Anteilswertverminderung wird zwar bei der Gemeinschaftsteilung selten eintreffen, sie ist fast nur möglich, wo das Gemeinschaftsvermögen in Genussachen bestand.

B. Die Anteilsmässigkeit der Gewährleistung bezieht sich nur auf das Gemeinschaftsvermögen. Soweit also bei der subjektiv totalen oder partiellen Teilung Abfindungsgegenstände nicht aus dem Gemeinschaftsvermögen genommen werden, gelten diese Regeln nicht. Für solche Gegenstände trägt ihr Übernehmer selbst keinen Schaden im Gewährleistungsfall, sie standen ja nie in seiner Gesamtberechtigung. Die mit solchen Gegenständen abfindende Gemeinschaft (bei der partiellen Teilung) oder der die übrigen Gemeinschafter auf diese Weise auskaufende Teilhaber (bei der subjektiv totalen Teilung) wird für den ganzen angerechneten Schätzungswert der Abfindungsgegnstände allein gewährleistungspflichtig. Dagegen bleibt die Gewährleistung für das Gemeinschaftsvermögen eine anteilsmässige. Geht es also aus einem Gewährsmangel gänzlich verloren, so haben die abgefundenen Teilhaber den Wert ihrer Abfindungsgegenstände zurückzuerstatten (oder, falls gewandelt wird, die erhaltenen Sachen selbt zurückzugeben gemäss Art. 238 OR.), der ja der gleiche ist wie der Wert ihrer früheren Gesamtberechtigung am Gemeinschaftsvermögen.
Stellen wir uns vor, das Vermögen im Wert von 1800 sei ein Betrieb, der von dem daran zu 900 berechtigten A übernommen wird unter Abfindung von B mit 600 und von C

mit 300 aus dem Sondervermögen des A. Für Gewährsmängel der Abfindungsgegenstände von B und C hat A allein aufzukommen, währenddem ihm B und C an dem von ihm übernommenen Betrieb zu 1/3 bezw. 1/6 gewährleistungspflichtig sind, und er die Hälfte des Schadens selbst tragen muss. Wird nun A an B und C für 600 und 300 gewährleistungspflichtig, so kann er dadurch nie mehr verlieren, als wenn diese Werte noch in seinem Eigentum stehen würden. Auch B und C hätten bei Untergang des gemeinschaftlichen Vermögens nie eine Abfindung für ihre Anteile daran erhalten.

Nehmen wir an, A und C führten den Betrieb als Gemeinschafter allein fort, unter Abfindung des B aus ihrem Sondervermögen. B bleibt für 600 am Betrieb gewährleistungspflichtig und verliert seinen Abfindungswert ganz, falls das Gemeinschaftsvermögen untergeht, dafür ist er aber der Gemeinschaft gegenüber für den Wert von 600 auch ganz gewährleistungsberechtigt, gleichgültig, ob die Abfindungsgegenstände aus dem Vermögen des C oder des A stammen.

Es werden nicht selten Fälle eintreten, in denen Abfindungen teils aus dem Gemeinschafts-, teils aus Sondervermögen vorgenommen werden. Man wird daher überall, wo die Gewährleistungsfrage auftaucht, die Herkunft des gewährleistungsbedürftigen Gegenstandes feststellen müssen. Es darf jedoch dieser Unterscheidung keine allzugrosse praktische Bedeutung beigemessen werden, weil tatsächlich die meisten Abfindungen in Geld vorgenommen werden.

C. Haben die Teilhaber auch noch anteilsmässig die Zahlungsfähigkeit eines gewährleistungspflichtigen Mitgemeinschafters zu tragen? Die Frage wurde bereits bejaht für den Fall der Gewährleistung für zugeteilte Forderungen [22]). Bei

22) Vgl. 6. Kap. B. III.

der Gewährleistung für andere zugesprochene Sachen wird die Frage in den Schweizer-Kommentaren nicht beantwortet, die deutschen Kommentare verneinen sie [23]) und Ccfr. Art. 855 bejaht sie [24]).

1. Wenn wir bei Forderungen, wo doch sonst ein Verkäufer nur für die Verität haftet, den übernehmenden Teilhaber soweit sichern, dass ihm für die Zahlungsfähigkeit eines gewährleistungspflichtigen Mitgemeinschafters die andern einzustehen haben, so ist nicht einzusehen, warum bei der Übernahme anderer Sachen er nicht auch in gleichem Masse geschützt sein soll. Man kann doch nicht nur deshalb, weil der Gesetzgeber bei den Forderungen auf die Bürgenhaftung und bei den andern Sachen auf die Kaufgewährleistung verwiesen hat, die Teilhaber je nach der zugeteilten Sache mehr oder weniger weitgehend haften lassen. Die Verweisung auf die Bürgenhaftung erfolgte eben nur, weil die Gewährleistung des Forderungskaufs auf die Gemeinschaftsteilung nicht passte [25]); daraus aber einseitig weitere Folgerungen auf die Teilhaberhaftung zu ziehen ist nicht angängig. Wenn daher, um die Gleichheit unter den Miterben zu wahren, diese einander für die Zahlungsfähigkeit anteilsmässig einstehen müssen, falls einer unter ihnen auf sie Rückgriff nimmt, weil er von einer Schuld mehr bezahlte, als seinen Anteil betraf [26]), und wenn der Ausfall, den der Übernehmer durch Zahlungsunfähigkeit eines Teilhabers erleidet, bei zugeteilten Forderungen auf alle Gemeinschafter anteilsmässig verteilt wird, so

23) Vgl. Planck, § 757 Anm. 4: . . . Für den Ausfall, den der Gewährleistungsberechtigte durch die Zahlungsunfähigkeit eines Teilhabers erleidet, haben die andern Teilhaber nicht aufzukommen.

24) Vgl. Planiol, N. 680 S. 777 oben: S'il y a un insolvable sa part dans l'indemnité se répartit également entre tous.

25) Vgl. Sten. Bull. 16. Jahrg. 1906. Nationalrat, S. 382.

26) Vgl. Erl. S. 474; Tuor, Art. 640 N. 9; Escher, Art. 640 Anm. 3.

hat dies m. E. auch bei den andern zugeteilten Sachen zu geschehen.

II. Es wäre unbillig, wenn bei totaler Teilung der Ausgleich, den die Gewährleistung herbeiführen soll, an der Zahlungsunfähigkeit einzelner Teilhaber scheitern müsste, währenddem nach einer partiellen Teilung der Gewährleistungsanspruch des abgefundenen Teilhabers sich an das noch vorhandene Gemeinschaftsvermögen richten kann und von diesem befriedigt werden muss, unabhängig von der Zahlungsfähigkeit der einzelnen Teilhaber.

III. Den Ausschlag dafür, ob ein solcher Ausfall bei der Gewährleistung für Forderungen und für andere Sachen immer oder nie gemeinsam getragen werden soll, gibt wieder der Zweck der Gewährleistung bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens: jeder Teilhaber soll das erhalten, was ihm gebührt. Es hiesse aber in der Verfolgung dieses Zweckes auf halbem Wege stehen bleiben, wollte man den dem Übernehmer durch die Insolvabilität eines gewährleistungspflichtigen Teilhabers verursachten Schadens wohl bei Forderungen, nicht aber bei andern Sachen anteilsmässig verteilen.

10. Kapitel.

Die Beschränkung der Wandelungsmöglichkeit.

A. Wandelung geht auf Aufhebung eines Vertrages mit oder ohne Schadenersatz; im engsten Sinne ist Wandelung nach Art. 208 OR. Rückgängigmachung des Kaufvertrags. Als Vertragsaufhebung ist Wandelung bei der Gemeinschaftsteilung überall da ausgeschlossen, wo kein Teilungsvertrag vorliegt [27]). Folglich kann Wandelung zum vorneherein kein Gewährleistungsanspruch sein, wenn die Teilung auf ein richterliches Urteil oder bei der Erbteilung auf Anordnung des Erblassers oder des Testamentsvollstreckers hin erfolgt. Die Korrektur eines unbilligen Teilungsergebnisses muss hier anderswie gesucht werden (z.B. durch Anfechtung der Teilung wegen Irrtums des Erblassers, gemäss Art. 469 ZGB. etc.) [28]). Die Teilhaber bleiben einander also auch bei der Gemeinschaftsteilung ohne Teilungsvertrag gewährleistungspflichtig, es fällt nur die Wandelungsmöglichkeit ausser Betracht, währenddem der Gewährleistungsanspruch im gleichen Umfang bestehen bleibt und sich in einen Schadenersatzanspruch umwandelt [29]).

B. Beim Kauf tritt die Wandelung ein bei der vollständigen Entwehrung (Art. 195 OR.), da sonst der Verkäufer den Kaufpreis ohne Rechtsgrund besitzen würde [30]). Die teilweise Entwehrung zieht nicht ohne weiteres die Aufhebung des Kaufvertrags nach sich, sondern nur einen Schadenersatzanspruch des Käufers für den entwehrten Teil; Wandelung kann nur verlangt werden, wenn der Käufer bei Vorauskenntnis

---

27) Vgl. Kress, § 20 S. 227; Birkmeyer, § 106 S. 451.
28) Escher, Art. 637 Anm. 2. a.
29) Vgl. 12. Kap.
30) Becker, Art. 195 N. 1.

der teilweisen Entwehrung den Vertrag nicht geschlossen hätte (Art. 196 OR.). Ähnlich wird der Käufer wegen Sachmängeln Wandelung verlangen können sofern die Umstände es rechtfertigen, d. h. wenn die gelieferte Sache für den vorgesehenen Zweck nicht verwendbar ist [31]), und er wird nur sie und nicht Minderung verlangen können, wenn der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises erreichen würde (Art. 205 OR.) [32]). Einen Wandelungsanspruch hat der Käufer ferner, wenn die Sache infolge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen ist, dagegen nur einen Minderungsanspruch, wenn sie durch sein Verschulden untergegangen ist oder von ihm weiter veräussert oder umgestaltet worden ist.

Die Wandelung kann durchgeführt werden hinsichtlich des ganzen Kaufgegenstandes oder nur einzelner fehlerhafter Stücke von mehreren zusammen verkauften Sachen oder einer Gesamtsache. Verursacht die Trennung der fehlerhaften von den fehlerfreien Stücken einen Nachteil für Käufer oder Verkäufer, so muss die Wandelung sich auf den ganzen Kaufgegenstand erstrecken. Eine Nebensache wird, selbst wenn sie einen eigenen Preis hat, von der Wandelung der Hauptsache mitbetroffen, dagegen die Hauptsache nicht von der Wandelung der Nebensache (Art. 209 OR.).
Die Wandelung wird durchgeführt, einerseits durch Rückgabe der Sache nebst dem inzwischen daraus gezogenen Nutzen (bei vollständiger Entwehrung ist dies natürlich unmöglich), andererseits durch Rückerstattung des bezahlten Preises samt dessen Zinsen, unter Abrechnung der vom Käufer versäumten Früchte und sonstigen Nutzungen, durch Ersatz der für die Sache gemachten Aufwendungen (bei der Entwehrung, soweit er vom berechtigten Dritten nicht erhältlich ist), durch Ersatz aller durch den Prozess verursachten gerichtlichen und

31) Vgl. BGE. 38 II S. 549.

32) Vgl. Lautner, S. 65 ff.

aussergerichtlichen Kosten (bei der Entwehrung diejenigen ausgenommen, die durch die Streitverkündigung vermieden worden wären), durch Ersatz des unmittelbaren Schadens (negatives Vertragsinteresse) [33]) und, sofern der Verkäufer nicht beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft, auch des mittelbaren Schadens (positives Vertragsinteresse) [34]), gemäss Art. 195 und 208 OR.

C. Ob nun auch bei der Gemeinschaftsteilung der Übernehmer einen Gewährleistungsanspruch auf Wandelung hat, ist streitig: Das französische Recht kennt die Wandelung hier nicht, sondern nur Ersatz in Geld (Ccfr. art. 885) [35]); Escher, Rossel und Annen [36]) bejahen im Verlaufe ihrer Behandlung des Beispiels Strohals [37]) die Wandelungszulassung bei der vollständigen Entwehrung eines Anteils, wenn zwei Teilhaber vorhanden sind, sagen aber nichts von weniger klaren Verhältnissen. Nach Tuor [38]) ist die Wandelung gemäss Art. 196 und 205 Abs. 2 OR. ausgeschlossen, wenn der Mangel nicht den ganzen zugewiesenen Anteil betrifft, nach Curti-Forrer kann sie "kaum" verlangt werden [39]), und nach Kretzschmar bleibt eine Rückgängigmachung der Auseinandersetzung wegen eines Mangels überhaupt ausgeschlossen [40]). Eingehender befasst sich Becker [41]) mit der Auflösung von Teilungsverträgen. Die Unauflösbarkeit ergebe sich aus dem Zweck dieser

33) Dazu gehören auch die Kosten der Untersuchung, gemäss BGE. 34 II S. 709 f.: . . . Les frais pour vérifier la marchandise livrée, . . .
34) Vgl. Becker, Art. 208 N. 5 und 6.
35) Vgl. Planiol, N. 680.
36) Escher, Art. 637 Anm. 2. a.; Rossel et Mentha, N. 1181 S. 283; Annen, S. 117-119.
37) 2. Band S. 122 ff.
38) Art. 637 N. 5.
39) Art. 637 Anm. 5.
40) § 87 I. 7. S. 619.
41) Art. 107 II. 1. S. 444.

Verträge, der die definitive Erledigung der Gemeinschaft herbeiführen wolle. Es könne bei ihnen daher keine Aufhebung, sondern nur Vollzug und Schadenersatz verlangt werden. Andererseits lässt Kress [42]) die Wandelung "in den seltenen Fällen" zu, wo "in einem Auseinandersetzungsvertrage bestimmte korrespondierende Leistungen ausgeschieden werden, . . . dann steht dem Vertragsrücktritt oder der Wandelung einer dieser Sachen nichts im Wege." Endlich schreibt Siegwart [43]): "Ist die Liquidation bereits allseitig ausgeführt worden, ist es praktisch schwer und unzweckmässig, die aufgehobene Vermögensgemeinschaft wiederum herzustellen. Bei nicht ganz bedeutsamen Mängeln wird darum die Lösung stets mit dem Mittel der Schadenersatzleistung angestrebt werden müssen"; und Annen [44]): "Für die Gutmachung der Nichterfüllung der Gewährleistungspflicht kommt bei gänzlicher Teilung meistens die Ersetzung des Minderwertes in Frage, während die Rückgängigmachung kaum aktuell wird, da ja die Mängel meist nur dieser oder jener Sache anhaften."

D. Dass die Gewährleistungspflicht bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens, selbst bei ihrer Einschränkung durch den Anrechnungswert und die Anteilsmässigkeit der Haftung, dennoch zu grossen Härten und Unbilligkeiten führen kann, wenn man die Wandelung durchwegs ausschliessen will, wird kaum bestritten. Der Teilungsvertrag bedarf ebensogut wenn nicht eher eines Schutzes der Gerechtigkeit und Billigkeit wie der seiner Natur nach spekulative Kaufvertrag. Wenn daher Wandelung beim Kauf möglich ist, warum soll sie dann bei der Gemeinschaftsteilung auch da ausgeschlossen bleiben, wo sie ohne grosse Schwierigkeiten

42) S. 238.
43) Art. 548/50 N. 23.
44) S. 119.

durchgeführt werden kann, und wo nur sie allein zu einer billigen Lösung führen kann?
Beizufügen ist aber noch, dass hier die Folge, ja eigentlich der Zweck der Wandelung in der Neuaufteilung des noch vorhandenen früheren Gemeinschaftsvermögens besteht. Wie sich im Folgenden herausstellen wird, bringt die Wandelung dort, wo man sie zulassen kann, kein grosses Verfahren zur Rückgängigmachung der Teilung und zur Wiederaufteilung mit sich, sodass, von aussen gesehen, nicht das ganze Vermögen zusammengelegt und neu verteilt werden muss.
Die Zulassungsmöglichkeit der Wandelung beim Teilungsvertrag ist eingeschränkt durch verschiedene Voraussetzungen, die einerseits im Zweck der Gemeinschaftsteilung, andererseits in der Zusammensetzung der Anteile liegen.

I. Der Zweck der Gemeinschaftsteilung bewirkt eine Beschränkung der Wandelungsmöglichkeit in dreifacher Hinsicht.

1. Wandelung kann bei der totalen Teilung nur da zugelassen werden, wo das Gemeinschaftsvermögen unter eine ganz kleine Zahl von Teilhabern verteilt wurde. In der Regel ist das Wandelungsbedürfnis bei nur zwei Teilhabern dringender als bei einer grössern Zahl, die Wandelung ähnelt hier auch am meisten derjenigen des Kaufs und die Neuaufteilung ist am einfachsten durchführbar. Sind aber mehrere Teilhaber vorhanden, so kann der Zweck der Gemeinschaftsteilung die Wandelung nicht mehr rechtfertigen, da regelmässig das Bedürfnis zu gering und meistens das ganze Verfahren zu umständlich und kostspielig ist, sodass die Gewährleistung durch Schadenersatz auf einfacherem Wege müheloser zum Ziele führt.

2. Die Wandelungsmöglichkeit ist bei einem kleineren Anteil mehr eingeschränkt als bei einem grösseren. Die Rück-

gängigmachung des Teilungsvertrags ist zwar m. E. nicht erst dann möglich, wenn der Mangel eines Anteils so gross ist, dass er, das ganze gemeinschaftliche Vermögen als Kaufsache betrachtet, auch dann noch einen Wandelungsanspruch auf das ganze Vermögen geben würde. Doch ist die Bedeutung des Anteils im ganzen verteilten Vermögen für die Wandelungsmöglichkeit gleichwohl mitbestimmend. Der weniger berechtigte Gemeinschafter war ja auch verhältnismässig weniger am gemeinschaftlichen Vermögen interessiert als der mehrberechtigte und umso kleiner ist jetzt auch sein Interesse, dass er durch seinen Gewährleistungsanspruch nun wieder etwas aus dem gemeinschaftlichen Vermögen erhalte. Eine Schadenersatzleistung kann ihn im allgemeinen leichter befriedigen als einen Mehrberechtigten.

3. Die Gründe, die zur Wandelung führen, müssen schwererwiegend sein als beim Kauf. Man wird aber annehmen können, dass die vollständige Entwehrung eines Anteils (Art. 195 OR.) oder sein Untergang infolge Mängel oder durch Zufall die Wandelung rechtfertigen. Dagegen scheint sie mir ausgeschlossen im Falle von Art. 209 Abs. 2 OR., wenn die fehlerhaften Stücke nicht die den Anrechnungswert wesentlich bestimmenden Hauptsachen bilden. Auszuschliessen ist sie m. E. prinzipiell auch bei teilweiser Entwehrung des Anteils oder bei dessen Mangelhaftigkeit, die aber nicht zu seinem Untergang führt, sowie bei vollständiger Entwehrung einer für den Anteil nicht besonders wertvollen Sache, oder bei deren Untergang infolge ihrer Mangelhaftigkeit oder durch Zufall.

II. Wandelung als Gewährleistungsanspruch bei der Gemeinschaftsteilung ist nur Mittel zur Neuaufteilung, denn durch die Wandelung allein käme das zugeteilte Vermögen, soweit es noch vorhanden ist und noch Früchte getragen hat, wieder

in das Gesamteigentum der Teilhaber. Über jedem Gewährleistungsanspruch bleibt aber der Auflösungsgrund der Gemeinschaft fortbestehen, sodass die Gewährleistung der Anteile allein nie zur bleibenden Wiederherstellung des Gesamteigentums führen darf. Aus diesem Grunde ist Wandelung auch ausgeschlossen, wenn die aus dem gemeinschaftlichen Vermögen in den Anteilen der gewährleistungspflichtigen Teilhaber sich befindlichen Sachen nicht mehr weiter ohne Wertverminderung so getrennt werden können, dass auch dem wandelungsbedürftigen Teilhaber wieder Vermögensstücke neu zugeteilt werden können.

Wurde schon einem Teilhaber der zugeteilte Vermögensanteil ganz oder teilweise entrissen, so kann es für ihn von grossem Interesse sein, wieder etwas aus dem frühern gemeinschaftlichen Vermögen zu erhalten, ähnlich wie ein Käufer Ersatzleistung verlangen kann (Art. 206 OR.); eine Schadenersatzleistung in Geld kann ihm vielleicht nie den Wert ersetzen, den ein Stück aus dem Vermögen für ihn hätte (z.B. als Andenken). Andererseits aber muss sich der wandelungsbedürftige Teilhaber mit Schadenersatz begnügen, wenn die Anteile der übrigen Teilhaber so beschaffen sind, dass für ihn davon ohne Wertverminderung nichts ausgeschieden werden kann; denn, wäre der Verlust seines Anteils schon bei der Teilung voraussehbar gewesen, so hätte damals schon bei Unmöglichkeit werterhaltender Weiterteilung ein Teilhaber von den übrigen in Geld abgefunden werden müssen [45]), es hätte damals schon nicht jedem Gemeinschafter ein Vermögensstück zugewiesen werden können. Die Gewährleistung darf aber niemals so weit führen, dass bei der ersten Teilung geltende Grundsätze durch sie bei der Neuaufteilung umgestossen würden.

45) Vgl. Art. 651 Abs. 2, 613, 620 ZGB. u. a.

E. Damit nun die Gewährleistung bei der totalen Gemeinschaftsteilung die Wandelung resp. die Neuaufteilung rechtfertige, müssen alle die behandelten Voraussetzungen gleichzeitig vorhanden sein. Fehlt eine von ihnen, so sind die Teilhaber einander durch Schadenersatz gewährleistungspflichtig [46]).

Die Wandelung ist daher nicht auszuschliessen, wenn zwar der Anteil nicht ganz verloren geht [47]), das Verbleibende jedoch als Nebensache von der Hauptsache getrennt, für den betreffenden Teilhaber beinahe wertlos ist, für den andern Gemeinschafter dagegen noch einen guten Wert besitzt, und wenn die übrigen drei Voraussetzungen rein gegeben sind. Beispiel: Das gemeinschaftliche Vermögen der Teilhaber A und B, bestehend aus zwei gleichartigen Betrieben im Werte von 100 (I) und 50 (II) und aus verschiedenen andern Sachen (III) im Werte von ebenfalls 50 wird so geteilt, dass A den Betrieb I und B den Betrieb II und die Sachen III erhalten. Infolge Baumängel und ungenügenden Feuerschutzes, die aber A nicht gekannt hatte, brennt I nieder, und es können nur einzelne Werkzeuge gerettet werden, die für A ohne den Betrieb nur noch einen geringen Wert haben. Es würden für ihn die Sachen III einen viel grösseren Wert darstellen als eine Schadenersatzsumme, andererseits sind die verbliebenen Werkzeuge für B noch voll brauchbar. Warum soll hier nicht gewandelt werden können, damit bei der Neuaufteilung dem B der Betrieb II verbleibe und er noch die Werkzeuge erhalte, A aber die Sachen III bekomme und vielleicht noch eine ausgleichende Geldsumme für die Werkzeuge? Ist hier dem A nicht ein Anspruch auf Wandelung zu geben, damit er durch die erneute Aufteilung etwas erhalte, das zum gemeinschaftlichen Vermögen gehört hatte?

46) Vgl. 12. Kap.

47) Im Gegensatz zur Ansicht Tuors, vgl. oben, Fussnote 38.

Soll ihm dieser Anspruch genommen werden, nur weil er noch im Besitze einiger minderwertiger Nebensachen blieb?

Nach meiner Ansicht kann ein Wandelungsanspruch aber kaum mehr bestehen, wenn z. B. dem ersten von fünf Gemeinschaftern der Anteil, der die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens ausmacht, verloren geht, und sicher dann nicht, wenn einer der andern vier Teilhaber seinen Achtelsanteil verliert. Die Wandelungsmöglichkeit richtet sich eben nicht nur nach der Erheblichkeit des Anteilsmangels, oder in Berücksichtigung des Teilungszwecks nach der Bedeutung des mangelhaften Anteils im frühern gemeinschaftlichen Vermögen, sondern auch nach der Teilhaberzahl, deren Höhe m.E. allein schon die Wandelung ausschliessen kann, weil das Verfahren gegenüber der Gewährleistung durch Schadenersatz durch seine Umständlichkeit auch eine Durchbrechung des Teilungszwecks nicht mehr erlaubt. So hat bei zwei Teilhabern der eine zu 2/5 des Vermögens schon eher einen Wandelungsanspruch als nach dem vorhergehenden Beispiel der Gemeinschafter zu 1/2.
Die vier Voraussetzungen für die Zulassung der Wandelung bilden keine festen Kriterien; der Teilhaberzahl und der Anteilsgrösse kann keine bestimmte Grenze gesetzt werden. Gleicherweise ist es im Einzelfall schwer zu sagen, ob ein Mangel hier grösser sei als einer, der auch beim Kauf die Wandelung noch rechtfertigt, wenn dies schon beim Kauf oft schwer beurteilbar ist. Desgleichen kann man sich häufig darüber streiten, ob die Neuaufteilung den Wert des übrig gebliebenen Vermögens vermindere oder nicht. Es muss daher bei jedem konkreten Fall abgewogen werden, ob und wie weit die vier Voraussetzungen gegeben sind. Ist die eine weniger klar vorhanden, so müssen dafür die andern umso eindeutiger zutage liegen. Unter den gegebenen Voraus-

setzungen aber ist die Rückgängigmachung des Teilungsvertrages zuzulassen, wenn man nicht den Teilungszweck überbetonen will. Vor allem bleibt zu beachten, dass die Wandelung unter diesen Voraussetzungen den Teilungszweck nicht mehr stört, als zur Vermeidung grosser Unbilligkeiten erforderlich ist.

F. 1. Sind nach einer objektiv partiellen Teilung zugesprochene Vermögensstücke gewährleistungsbedürftig, so ist die Möglichkeit zur Wandelung einerseits eher gegeben als bei der totalen Teilung, da die Rückgängigmachung dieser partiellen Teilung nicht mehr das Wiederaufleben der Gemeinschaft mit sich bringt; die Gemeinschaft besteht ja unter allen Teilhabern immer noch. Eine Wandelung führt hier lediglich die schon in Alleineigentum übergegangenen Vermögensstücke wieder in das Gesamteigentum zurück. Sie ist aber trotzdem noch nicht so leicht zuzulassen wie beim Kauf, weil auch hier noch die unter D. I. und II. angeführten wandelungserschwerenden Gründe teilweise mitspielen. Man wird daher sagen können, dass das Recht der Teilhaber auf Wandelung für die ihnen zugeteilten Vermögensgegenstände abnimmt mit der Annäherung der objektiv beschränkten Teilung an die totale Teilung. Ein Wandelungsbedürfnis ist hier deshalb weniger vorhanden als bei der gänzlichen Auseinandersetzung, weil die gewährleistungsberechtigten Teilhaber den Schadenersatzanspruch schon auf einfachere und leichtere Art geltend machen können, und weil sie hier immer noch die Berechtigung auf Zuteilung der übrigen Gegenstände des Gemeinschaftsvermögens besitzen.
Ist nach subjektiv partieller Teilung ein aus dem Gemeinschafts- oder aus Sondervermögen abgefundener Teilhaber gewährleistungsberechtigt, so hat die Wandelung seinen vorübergehenden Wiedereintritt in das Gesamteigentum zur Fol-

ge. Wie weit daher die Rückgängigmachung zulässig ist, hängt auch hier ab von den bei der totalen Teilung behandelten Bedingungen sowie von den Umständen, unter denen der gewährleistungsberechtigte Teilhaber aus der Gemeinschaft ausgeschieden ist. So nimmt also die Wandelungsmöglichkeit mit der Zunahme der ausscheidenden Teilhaber ab, und der gemäss Art. 344 Abs. 2 ZGB. ausgeschiedene Gemeinder hat eher einen Wandelungsanspruch als der gemäss Art. 578 OR. ausgeschlossene Gesellschafter. Da die Wandelung zu einer Neuaufteilung führt, ist sie ausgeschlossen, wenn das Vermögen nicht mehr weiter ohne Wertverminderung zerteilt werden kann, was besonders dort häufig der Fall sein wird, wo nicht mit Gegenständen des Gesamtvermögens abgefunden wurde.

2. Sind nach der rein objektiv beschränkten Teilung mangelhafte Sachen im Gemeinschaftsvermögen geblieben, so entsteht nur ein Gewährleistungsanspruch der Gemeinschaft an die einzelnen Teilhaber, falls die Gemeinschafter grosses Gewicht auf die Werterhaltung ihres Gesamthandsvermögens legen. Doch kann der einzelne Teilhaber nicht zur Rückgabe seiner erhaltenen Gegenstände gezwungen werden, sofern der Schaden auch anderswie behoben werden kann. Gewöhnlich ist es möglich einen Gewährsmangel des der Gemeinschaft verbliebenen Vermögens, selbst wenn ein Teil davon den Gemeinschaftern ungleichmässig zugewiesen wurde, auf eine viel bequemere Art wegzuschaffen, durch entsprechende Berücksichtigung der einzelnen Gemeinschafter im weiteren Auseinandersetzungsverfahren. In diesen Fällen wird einfach die Anteilsberechtigung der einzelnen Teilhaber am verbliebenen Gemeinschaftsvermögen um ihre Gewährleistungspflicht vermindert. Kommt dabei die Anteilsberechtigung eines Teilhabers ganz zum Erlöschen, und hat dieser

damit seine Gewährleistungspflicht erfüllt, so kann er von hier an als Ausgeschiedener betrachtet werden, auf dessen Verhältnis zur Gemeinschaft die Regeln der subjektiv beschränkten Teilung zur Anwendung gelangen.
Bei der rein subjektiv beschränkten Teilung hat der ausgeschiedene Teilhaber seine Gesamtberechtigung am Gemeinschaftsvermögen gegen den Empfang seiner Abfindung aufgegeben. Es fand also eine Veräusserung des übrigen Gemeinschaftsvermögens seitens des Ausscheidenden statt, für das er nun gewährleistungspflichtig ist. Nach meiner Ansicht treten hier keine neuen Gründe mehr auf, die die Wandelungsmöglichkeit gegenüber der totalen Teilung erschweren; im Gegenteil, die dort angeführten Bedingungen treffen hier im allgemeinen weniger zu: Eine Zusammenlegung und Neuaufteilung gestaltet sich hier leichter als nach einer totalen Teilung, und in vielen Fällen, z. B. wenn nur ein Teilhaber ausgeschieden wurde, ist der gewährleistungsberechtigte Teil durchschnittlich grösser als der gewährleistungspflichtige, d.h. die Wandelung im allgemeinen eher begründet.

3. Man wird sagen können, dass der Rückgängigmachung der rein subjektiv totalen Teilung wegen eines Mangels des früheren Gemeinschaftsvermögens, falls es dem Übernehmer gänzlich verloren geht, nichts im Wege steht. Die abgefundenen Gemeinschafter haben ihre Abfindungsgegenstände einfach dem Gewährleistungsberechtigten zurückzugeben, und ein neues Gesamteigentum kann an nichts mehr entstehen. Geht aber nicht das ganze frühere Gemeinschaftsvermögen unter, so gelten für die Zulassung der Wandelung die bekannten Erschwerungsgründe.
Wandelung wegen Mangels der Abfindungsgegenstände eines Gemeinschafters bewirkt ebenfalls das Wiederaufleben der Gesamthandsberechtigung dieses Gemeinschafters am

frühern Gemeinschaftsvermögen, und ist deshalb dort an und für sich nicht möglich, wo dieses nicht mehr weiter geteilt werden kann. Man kann sich aber beim einzelnen Fall fragen, ob hier die Wandelung statt nach einer Aufteilung des früheren Gemeinschaftsvermögens nicht nach einer neuen Abfindung rufe, sodass sie also unter den gleichen Bedingungen verlangt werden könnte wie beim Kauf.

G. Der Wandelungsanspruch geht auch bei der Gemeinschaftsteilung in Analogie zu den Art. 195 und 208 OR. neben der eigentlichen Rückgängigmachung der Teilung und der Neuaufteilung noch auf Schadenersatz [48]). Sowohl der wandelungsberechtigte Übernehmer wie auch die übrigen Teilhaber haben die aus ihren Anteilen gewonnenen oder versäumten Früchte und sonstigen Nutzungen wenigstens rechnerisch in das Gemeinschaftsvermögen zurückzugeben. Nutzen und Früchte des wandelungsberechtigten Teilhabers können also nicht einfach von denjenigen der andern abgezogen werden wie bei der Kaufswandelung der Nutzen des Käufers von den Zinsen des Kaufpreises, denn die Neuaufteilung soll sich auf das ganze, inzwischen verminderte oder angewachsene, Vermögen beziehen. Erst auf diese Weise kann das richtige Verhältnis unter den Anteilen vollkommen gewahrt werden.

---

48) Vgl. 12. Kap. B.

11. Kapitel.

Ausschluss der Minderung für Mängel zugeteilter Vermögensstücke und der Ersatzleistung für alle Mängel des verteilten und unverteilten Vermögens.

A. Minderung ist Herabsetzung des Kaufpreises als Gewährleistungsanspruch.

I. 1. Nun entspricht bei der Gemeinschaftsteilung die Aufgabe der Berechtigung am Gesamtvermögen dem Kaufpreis. Wollte man nun zur Gewährleistung der Mängel des früheren Gemeinschaftsvermögens bei der totalen Teilung die Minderung zulassen, so bliebe der Gewährleistungsberechtigte wohl Alleineigentümer seines Anteils, würde aber zu einer kleineren Quote wiederum Gesamteigentümer, zusammen mit jedem einzelnen Mitgemeinschafter, an dem von diesem übernommenen Anteil. Ähnliches würde geschehen bei der subjektiv beschränkten Teilung: der abgefundene, gewährleistungsberechtigte Teilhaber würde zu einem kleinern Anteil wieder am Gemeinschaftsvermögen gesamtberechtigt. Bei der objektiv beschränkten Teilung endlich würde der Gemeinschafter durch die Minderung sowohl am übrig gebliebenen Gemeinschaftsvermögen als auch an jenen Vermögensstücken, die den andern Teilhabern zugeteilt wurden, zu einer kleineren Quote wieder Gesamteigentümer. Wenn nun aber auch der Gewährleistungsanspruch auf Wandelung, der doch beim Kauf nur bei schweren Mängeln gegeben ist, bei der Gemeinschaftsteilung noch seltener zugelassen wird, da er an und für sich ihrem Zweck zuwiderläuft, so ist die beim Kauf für leichtere Mängel gegebene Minderung hier überhaupt auszuschliessen, denn ihre streng analoge Durchführung würde zwar die Gemeinschaftsteilung nicht gänzlich rückgängig machen, aber zu neuen, umständlicheren Gesamt-

handsverhältnissen führen, die dann wiederum durch Neuaufteilung beendigt werden müssten.

2. In der Literatur ist denn auch nie davon die Rede, dass der gewährleistungsberechtigte Teilhaber gegenüber den andern Teilhabern oder der Gemeinschaft einen eigentlichen Minderungsanspruch besitze [49]).

3. Ist die Minderung im eigentlichen Sinne auch ausgeschlossen, so hat der Übernehmer an die übrigen Gemeinschafter oder die Gemeinschaft doch einen der Minderung entsprechenden Anspruch auf anteilsmässigen Ersatz der durch die zu gewährleistenden Mängel hervorgerufenen Differenz zwischen dem Anrechnungswert der Sachen und ihrem wirklichen Wert.

II. Es besteht jedoch kein Hindernis zur Vornahme der Minderung für Gewährsmängel des Gesamtvermögens bei der rein subjektiv partiellen oder totalen Teilung und des noch vorhandenen Gesamtvermögens nach Teilabfindungen aus dem Gemeinschaftsvermögen bei der objektiv beschränkten Teilung, falls die Abfindung in Geld geschah. In diesen Fällen kann die Minderung genau wie beim Kauf durchgeführt werden. Hingegen kommt nur Schadenersatz in Frage, wenn der Gewährleistungsanspruch bei Unteilbarkeit der Abfindung auf Rückgabe eines Teils ihres Wertes geht. Wo hier aber Minderung, d.h. Teil-Rückerstattung der zugesprochenen Gegenstände möglich ist, lebt ein neues Gesamthandsverhältnis nie wieder auf und eine Neuaufteilung wird deshalb nicht notwendig. Zu bemerken ist noch, dass die Minderung nicht nach der relativen, sondern nach der ab-

49) Erl. S. 473: Wie ein Käufer Ersatz oder erneute Aufteilung. Escher, Art. 637 Anm. 2. b.: In der Regel wird sich also der Anspruch des die Nachwährschaft geltend machenden Miterben auf Ersatz des Minderwertes beschränken. Tuor, Art. 637 N. 5.

soluten Methode berechnet wird [50]), und dass auch bei der Minderung der durch den Gewährsfall entstandene weitere Schaden im Verhältnis zur Anteilsberechtigung verteilt wird [51]). Auch ist nicht zu vergessen, dass bei der objektiv partiellen Teilung die Gemeinschafter praktisch wohl eher eine Wertverminderung des Gemeinschaftsvermögens zulassen und nichts von den bereits empfangenen Gegenständen zurückgeben, soweit nicht Interessen für die Werterhaltung des Gemeinschaftsvermögens bestehen.

B. I. Einen Gewährleistungsanspruch auf Ersatzleistung hat der Käufer bei Lieferung einer Menge vertretbarer Sachen (Art. 206 OR.). Wenn aber bei der totalen Vermögensverteilung alle sich im Vermögen befindlichen Sachen den Gemeinschaftern zugesprochen werden, so ist die Gemeinschaft gar nicht in der Lage, durch Lieferung besserer Ware Ersatz zu leisten [52]). Eine Gattungsschuld der Gemeinschaft kann hier überhaupt nicht bestehen, selbst wenn der gewährleistungsberechtigte Teilhaber an und für sich vertretbare, d. h. nur der Gattung nach bestimmte (Art. 71 OR.), Ware übernommen hatte.
Dies gilt bei der gänzlichen Auseinandersetzung und erscheint dort als selbstverständlich. Es ist aber auch so bei der beschränkten Teilung, wo Teile des Gemeinschaftsvermögens ausgeschieden werden. Denn auch da wird schon durch die Bezeichnung der dem Ausscheidenden zukommenden Warenmenge diese in ein bestimmtes Verhältnis zum Übrigbleibenden gebracht und ein Masstab geschaffen, nach dem auch letzteres später den bleibenden Gemeinschaftern zugeteilt werden soll, sodass vom ganzen Vermögen, mag es sich

50) Vgl. 12. Kap. A.
51) Vgl. 12. Kap. B.
52) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 206 N. 2.

auch aus nur der Gattung nach bestimmten Sachen zusammensetzen, nie Ersatzleistungen gemacht werden müssen. Gleicherweise macht die objektiv beschränkte Teilung die Gegenstände des übrigbleibenden Gemeinschaftsvermögens zu Speziessachen, da diese im weiteren Auseinandersetzungsprozess leicht versilbert oder sonstwie veräussert werden und vielleicht überhaupt noch nicht "entbehrlich" im Sinne von Art. 586 OR. sind. Auf jeden Fall ist dieses Gemeinschaftsvermögen nicht mehr zu vergleichen mit dem Warenlager eines Verkäufers, der damit Handel treibt.
Es braucht kaum mehr erwähnt zu werden, dass nach einer beschränkten Teilung umsoweniger ein Ersatzleistungsanspruch der Gesellschaft wegen Mangels ihres verbliebenen Vermögens gegen einen abgefundenen Teilhaber bestehen kann.

II. Ersatz durch mangelfreie Ware der gleichen Art, wenn solche noch vorhanden ist, kann ein Teilhaber oder die Gemeinschaft jedoch erlangen auf dem Wege der Wandelung und der Neuaufteilung, aber auch hier nur falls die Voraussetzungen zur Wandelung gegeben sind [53]). Es gibt daher keinen Gewährleistungsanspruch auf Ersatzleistung, sondern einen Wandelungsanspruch, der unter Umständen dem Ersatzanspruch im Erfolg gleichkommt.

III. Analog zum Verkäufer (Art. 206 Abs. 2 OR.) können auch die gewährleistungspflichtigen Teilhaber oder die Gemeinschaft da, wo die Sachen nicht versandt werden müssen [54]), über die wenigstens rechnerisch erfolgende Wandelung und Neuaufteilung sich von den weiteren Ansprüchen des gewährleistungsberechtigten Partners durch sofortige Lieferung währhafter Ware derselben Gattung und Schadenersatz befreien. Eine solche Nachlieferung gattungsgleicher Ware

53) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 206 N. 4.
54) Vgl. Jäger, S. 119 f.; Oser-Schönenberger, Art. 206 N. 8.

kann für die Gewährleistungspflichtigen bei der Gemeinschaftsteilung ebenso einen Vorteil bedeuten wie für einen Verkäufer, wenn für sie der Ersatz des Schadens mit Geld schwierig ist. Aber auch diese Nachlieferung braucht sich der Gewährleistungsberechtigte nicht gefallen zu lassen, wenn die Voraussetzungen zur Wandelung fehlen. Nur durch Wandelung und Neuaufteilung können nunmehr Sachen, die Bestandteile des gemeinschaftlichen Vermögens waren, aus einem Gewährleistungsgrund unter den Teilhabern oder unter Teilhabern und Gemeinschaft den Eigentümer wechseln.

IV. In weitaus den meisten Fällen wird sich ein Gewährleistungsanspruch, selbst nach Übernahme von an und für sich gattungsbestimmten Sachen, auf Schadenersatz im Sinne des folgenden Kapitels richten, sei es, weil die Voraussetzungen zur Wandelung nicht gegeben sind, oder sei es, weil keine Sachen der gleichen Gattung mehr im Vermögen existierten.

12. Kapitel.

Der Schadenersatzanspruch.

Nachdem bei der Gemeinschaftsteilung als Gewährleistungsanspruch die Wandelung in den meisten Fällen ausgeschlossen ist und die Minderung im engern Sinne für Mängel zugeteilter Vermögensgegenstände überhaupt unmöglich ist, so bleibt nur noch ein Anspruch auf Schadenersatz, d. h. ein Anspruch auf anteilsmässige Deckung des Schadens, der dem Gewährleistungsberechtigten aus dem Gewährleistungsfall erwachsen ist. Der gesamte Schaden, für den der Gewährleistungsberechtigte nach Tragung des ihn selbst treffenden Anteils Ersatz verlangen kann, setzt sich zusammen:

A. Aus dem Minderwert, d. h. der Differenz zwischen dem Anrechnungswert des Anteils und seinem Wert mit dem Mangel. Der Ersatz des Minderwerts bestimmt sich also nicht nach der relativen Methode der Preisminderungsberechnung, er verhält sich nicht zum Anrechnungswert wie die absolute Wertverminderung zum Wert des Anteils ohne Mangel.
Beispiel: Wert ohne Mangel = 1200, Anrechnungswert = 600, Wert mit dem Mangel = 400, Schaden, der von allen getragen werden muss = x. Gleichung nach der relativen Methode: x : 600 = (1200 - 400) : 1200; x = 400. Nach der absoluten Methode aber: x = 600 - 400; x = 200.
Die relative Berechnungsmethode ist die von der Judikatur für den Kauf gewollte [55]), wird aber nicht einmal dort von allen gebilligt [56]), und widerspricht hier ganz dem Zweck der

55) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 205 N. 18 und dort Zitierte.

56) Vgl. Lautner, S. 85 f.; besonders Rossel, N. 422, der sagt, aus Art. 205 Abs. 3 gehe hervor, dass die absolute Berechnungmethode die vom Gesetzgeber gewollte sei. Der Wert der Sache ohne Mangel sei gar nicht zu berücksichtigen.

Gewährleistung, wenn durch sie die Verhältnisstörung unter den Anteilen vermieden werden soll.

B. Aus folgenden Nebensummen, die sonst nach den Art. 195 und 208 OR. nur bei der Wandelung dem Käufer zu erstatten sind, hier aber auch in den Gewährleistungsanspruch auf Schadenersatz einbezogen werden müssen, da trotzdem, ja gerade weil hier die Wandelung nur selten zugelassen ist, dem Gewährleistungsberechtigten dennoch sein Anteil gewahrt werden soll. Wie wir oben gesehen haben, ist es eben möglich, dass ein Gewährleistungsberechtigter nicht Wandelung und Neuaufteilung verlangen kann, obwohl ihm der ganze Anteil durch einen zu gewährleistenden Rechts- oder Sachmangel zugrundeging. Der Zweck der Gewährleistung bei der Gemeinschaftsteilung verlangt deshalb, dass alle Teilhaber (resp. bei partieller Teilung ausgeschiedener Teilhaber und Gemeinschaft) gemeinsam sowohl bei einem Wandelungs- wie bei einem Schadenersatzanspruch auch alle Unkosten tragen, die der Gewährleistungsfall mit sich bringen kann [57]). Zur Schadenersatzsumme zählen demnach noch die folgenden drei oder vier Nebensummen:

57) Beim Kauf ist, wenn Minderung geltend gemacht wird, nicht zugleich ein Schadenersatzanspruch im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR. gegeben, da der Käufer die Sache behält, in ihrem Genusse bleibt, und durch die Minderung das erhält, was er an sich zuviel bezahlt hat. Vgl. BGE. 63 II S. 404. Wie wir oben gesehen haben, ist das, was "an sich zuviel bezahlt" wurde, nach der von der Judikatur beim Kauf angewandten Berechnungsmethode nicht der gleiche Minderwert, den der Gemeinschafter zu fordern berechtigt ist. Für ihn geht der Minderwert nur genau bis zur Höhe seines Anteils-Anrechnungswerts, weshalb besonders dort, wo beim Kauf Wandelung möglich wäre, aber auch sonst immer dem Zweck entsprechend, der der Gewährleistung bei der Vermögensverteilung zukommt, die Teilhaber für den unmittelbar und eventuell mittelbar durch den Gewährleistungsfall erlittenen Schaden einander noch anteilsmässig haftbar sind.

I. Ersatz der für die Sache gemachten Verwendungen, soweit sie ohne Kenntnis des Mangels gemacht wurden und durch diesen nutzlos wurden.

II. Ersatz aller durch den Prozess veranlassten gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten, mit Ausnahme derjenigen, die durch die Streitverkündigung vermieden worden wären.

III. Ersatz des sonstigen durch den Mangel verursachten Schadens.

IV. Ersatz des weiteren (mittelbaren) Schadens, sofern der gewährleistungspflichtige Teil nicht beweisen kann, dass ihm kein Verschulden zur Last falle.

ANHANG

13. Kapitel.

Prozessrechtliches.

Die klageweise Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruches unterscheidet sich nicht von einer prozessuellen Belangung wegen irgend eines andern Anspruchs. Doch ist es angezeigt, noch darauf hinzuweisen, dass bei der Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruchs nach der Vermögensverteilung verschiedene Situationen möglich sind, die ein verschiedenes Vorgehen erfordern.

A. Von den Gesamthandsgemeinschften besitzen nur die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften aktive und passive Parteifähigkeit [1]). Richtet sich also ein Gewährleistungsanspruch nach einer partiellen Teilung gegen die fortbestehende Gemeinschaft, so kann ein ausgeschiedener Teilhaber einer einfachen Gesellschaft, Erbengemeinschaft oder Gemeinderschaft nicht die betreffende Gemeinschaft als solche, sondern nur mit Benennung ihrer Gemeinschafter belangen. Umgekehrt können nur die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften unter ihrer Firmenbezeichnung einen früheren Teilhaber wegen eines Gewährleistungsanspruchs belangen, währenddem die Gemeinschafter, Miterben und einfachen Gesellschafter dies nur als Streitgenossen tun können, oder indem sie einen gemeinsamen Prozessbevollmächtigten ernennen [2]).

1) Art. 562 und 602 OR.

2) Vgl. Siegwart, Vorbem. zu Art. 530-551 N. 119 und 120, Art. 562 N. 6 ff. und dort Zitierte; Baumgartner, S. 156 ff.; BGE. 43 III S. 177 u.a.

Nach der rein objektiv partiellen Teilung wird sich in der Regel der Gewährleistungsanspruch eines Teilhabers innerhalb der Gemeinschaft in einen Anspruch auf entsprechende Berücksichtigung bei der weiteren Auseinandersetzung umwandeln, und auch die gewährleistungsberechtigte Gemeinschaft wird ihren Anspruch nicht gegen ihre eigenen Teihaber geltend machen, falls eben dieselben Gemeinschafter die Werterhaltung des Gemeinschaftsvermögens nicht vorziehen. Auch nach einer ungleichmässigen objektiv beschränkten Teilung kann sich ein Gewährleistungsanspruch der Gemeinschaft oft einfach in einer Veränderung der Anteilsberechtigung der Gemeinschafter im weiteren Teilungsverfahren äussern [3]).
Selbstverständlich ist die Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs für Abfindungsgegenstände nach der subjektiv totalen Teilung die einfachste. Der Gewährleistungsberechtigte kann den Übernehmer des Gemeinschaftsvermögens wie einen Verkäufer belangen, nur dass die Anspruchshöhe nicht dieselbe ist.

B. Wird unter mehreren Teilhabern einer trotz dem vereinbarten Ausschluss der Gewährleistung wegen arglistiger Täuschung schadenersatzpflichtig, so kann der Gewährleistungsberechtigte nur diesen anteilsmässig belangen, denn die durch arglistige Täuschung seitens eines Gemeinschafters herbeigeführte Haftungsverschärfung kann sich m.E. nicht auch auf die andern ausdehnen, sofern sie von dieser Täuschung keine Kenntnis hatten [4]). Jeder schadenersatzpflichtige Teilhaber wird an seinem Gerichtsstand zu seinem Anteil belangt.

---

3) Vgl. oben, 1o. Kap. F. 2.
4) Vgl. von Tuhr-Siegwart, § 38 S. 287; Gsell, S. 3o; Birkmeyer, § 113 S. 458 resp. § 1o6 S. 451.

Im Gegensatz zum Schadenersatz ist das Recht auf Wandelung nicht teilbar. Wird also Wandelung angestrebt, so können alle Teilhaber, ohne Berücksichtigung ihres Wohnsitzes, in einer einheitlichen Klage ins Recht gefasst werden [5]).

5) Vgl. BGE. 51 I S. 49: . . . Diese Regel (Wohnsitzbelangung jedes einzelnen der mehreren Schuldner) erleidet aber insofern eine Einschränkung, als eine gemeinsame Belangung mehrerer Beklagter an einem Orte ermöglicht werden muss, wenn besondere Gründe für die Zulassung einer einheitlichen Klage gegen alle Beklagten sprechen, so z. B. wenn bei Nichtbelangung aller Beteiligten im gleichen Prozesse eine Verhandlung oder Entscheidung unmöglich ist oder für den Kläger oder die Beklagten wesentliche Nachteile zur Folge haben könnte.

ERRATA: S. 81, 5. Zeile, statt "1/6" sollte es heissen "1/3".

Nachwort.

Die abgeschlossene Arbeit will nur einen Lösungsversuch der wichtigsten Probleme bilden, die bei einer näheren Betrachtung des Themas auftauchen. Wenn die Lehrbücher und Kommentare über die Gewährleistung bei der Gemeinschaftsteilung beinahe völlig schweigen (vgl. Süss, S. 120 Fussnote 1) und auch keine einschlägigen Gerichtsentscheide auffindbar sind, so soll diese Arbeit eine vielleicht nicht einmal empfindliche, aber doch vorhandene Lücke ausfüllen.

Herrn Prof. Dr. A. Siegwart, Freiburg, spreche ich an dieser Stelle für das meiner Arbeit entgegengebrachte Interesse meinen herzlichen Dank aus.

Bern I Root, im September 1943.

Der Verfasser.